

THÈSE DE
PARIS.

1889

N^o. 105.

UNIVERSITÉ DE FRANCE

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

ÉTUDE SUR LA CONDITION JURIDIQUE

DES LATINS JUNIENS

DROIT FRANÇAIS

DE L'INDIVISION

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le jeudi 14 février 1889, à 2 heures 1/2

PAR

Georges GRÉGOIRE DE ROULHAC

Président : M. HENRI MICHEL, professeur.

Suffragants : { MM. BEUDANT,
GARSONNET,
LAÎNÉ, } *professeurs.*

PARIS

Librairie A. GIARD

16, RUE SOUFFLOT, 16

Imprimerie des Ecoles

Henri JOUVE

23, RUE RACINE, 23

1889

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

UNIVERSITÉ DE FRANCE
FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN
ÉTUDE SUR LA CONDITION JURIDIQUE
DES LATINS JUNIENS

DROIT FRANÇAIS
DE L'INDIVISION

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le jeudi 14 février 1889, à 2 heures 1/2

PAR

Georges GRÉGOIRE DE ROULHAC

Président : M. HENRI MICHEL, professeur.

*Suffragants : { MM. BEUDANT,
GARSONNET, } professeurs.
LAINÉ, }*

PARIS

Librairie A. GIARD
16, RUE SOUFFLOT, 16

Imprimerie des Écoles
Henri JOUVE
23, RUE RACINE, 23

1889



DES LATINS JUNIENS
DE L'INDIVISION
THÈSE POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni im-
probation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions
doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

AGAL
JACO
BIBL.

DROIT ROMAIN

ÉTUDE SUR LA CONDITION JURIDIQUE

Des Latins Juniens

CHAPITRE I

DE L'ESCLAVAGE ET DE L'AFFRANCHISSEMENT.

D'après les Institutes de Justinien, l'esclavage est une institution du droit des gens qui fait d'un homme la propriété d'un autre. Cette conception a existé chez tous les anciens peuples ; elle est une conséquence de ce que les rapports de nation à nation ne consistaient qu'en hostilités. Les peuples de l'antiquité étaient en effet dans un état de guerre presque permanent. A l'origine, les prisonniers de guerre étaient tués, soit parce qu'il fallait que le vaincu fût mis dans une situation telle qu'il ne pût s'en relever et devenir dangereux de longtemps au vainqueur, soit parce que ce dernier, entraîné par l'amour de la vengeance, avait à cœur de leur faire expier les échecs que

leurs compatriotes avaient pu lui infliger ou tenait à honorer par leur sacrifice les mânes des soldats morts pour leur patrie.

Plus tard, le vainqueur reconnut que la mort des prisonniers de guerre, si elle était utile à la cité, ne lui procurait aucun avantage. Aussi chercha-t-il à en tirer profit comme du butin qu'il avait fait sur eux. Au lieu de les tuer, il les épargna, non par amour de l'humanité, sentiment qui n'existait guère à cette époque, mais poussé par son propre intérêt, et les vendit ou les conserva pour exploiter leur travail. « *Servi ex eo autem appellati sunt*, nous dit le jurisconsulte Florentinus, *quod imperatores captivos vendere ac per hoc servare, et non occidere solent* » (1).

Ce sont ces nécessités politiques et religieuses en même temps que ces considérations d'intérêt privé, qui ont si profondément fait entrer l'esclavage dans les mœurs de la société antique et l'ont amenée à considérer cette institution comme indispensable à son maintien, quoiqu'elle fût reconnue contraire au droit naturel, *contra naturam*, dit Justinien. Les hommes ne naissent point et ne sont point organisés pour être la propriété les uns des autres ; ils sont tous libres et égaux en droits.

Mais de ce que cette institution présentait une si grande importance, le législateur crut devoir la régler, ce qu'il fit minutieusement ; et même il alla plus loin, il ajouta à l'esclavage dérivant du droit des gens une servitude résultant de sa propre autorité et instituée

1. Loi 4, § 2. *De statu hominum*.

comme punition dans certains cas qui ont varié dans le droit ancien et dans le droit de Justinien.

Les sources de l'esclavage sont au nombre de trois, disent les Institutes. On devient esclave par le droit des gens, par la naissance, par le droit civil.

Le prisonnier devient esclave *jure gentium* ; mais pour cela il faut que la capture ait été faite dans une lutte de nation à nation et que cette guerre ait été *justa*, c'est-à-dire précédée d'une déclaration. Tel était le principe admis à Rome, et les Romains le reconnaissaient non seulement en leur faveur, mais encore en faveur de leurs ennemis. C'est cette réciprocité qui avait permis de rattacher l'esclavage au *jus gentium*, comme étant une institution commune à tous les peuples.

L'enfant d'une esclave naît esclave. C'est une conséquence du principe que, hors des *justæ nuptiæ*, l'enfant suit la condition de la mère au moment de sa naissance. Ce principe, qui amenait à déclarer esclave l'enfant né d'une femme ayant joui de la liberté pendant toute sa gestation, mais qui l'avait perdue au moment de l'accouchement, fût modifié par les jurisconsultes de l'époque classique, généralisant en cela une décision d'espèce donnée par Adrien, en ce sens que l'enfant naît ingénu, pourvu que la mère ait été libre pendant un moment quelconque de la grossesse. Et c'est cette décision qui fût consacrée dans les Institutes. Avant cette modification, cet enfant appartenait au maître de la mère par voie d'accession.

Quant aux causes d'esclavage *jure civili*, sans parler de celles qui dans l'ancien droit frappaient de cette peine

le voleur manifeste, le débiteur qui ne pouvait payer son créancier et auquel il était *addictus* (Loi des XII Tables), ceux qui ne s'étaient pas fait inscrire sur les registres du cens (1) et ceux qui avaient refusé le service militaire (L. 4, § 1. D. 49. 16), nous devons citer le sénatus-consulte Claudien, aboli par Justinien, d'après lequel la propriété de la femme et de ses biens passait au maître de l'esclave avec qui elle avait entretenu des relations, malgré les *denuntiationes* de ce propriétaire.

L'esclavage résultait également de la condamnation aux mines et aux bêtes. Ces esclaves portaient le nom de *servi pœnæ* pour bien indiquer qu'ils n'avaient pas de maître. C'est ainsi que s'il leur était légué quelque chose,

1. *L'incensus* et sa famille étaient vendus au profit de l'État. Cicéron, *pro Cœcina*, 34. 99 : *Jam populus quum eum vendit qui miles factus non est non adimit ei libertatem, sed judiciat non esse liberum ; qui, ut liber sit, adire periculum nolit : quum autem incensum vendit hoc judiciat, quum ei qui in servitute justa fuerunt censu liberentur, eum, qui quum liber esset, censeri noluerit, ipsum sibi libertatem abjudicavisse.* -- Cette condamnation contre l'*incensus* produisait une *maxima capitis deminutio*. *Maxima capitis deminutio est per quam et civitas et libertas amittitur : veluti quum incensus aliquis venierit* (Ulp. XI, § 2). Cette peine qui existait virtuellement, puisque le cens n'était pas aboli, ne fut pas remplacée par une plus douce, comme pour les réfractaires, probablement parce que le cens n'étant plus en usage, on n'avait pas à l'appliquer. *Qui ad dilectum olim non respondebant, ut proditores libertatis in servitutem redigebantur : sed mutato statu militiæ recessum a capitis pœna est, quia plerumque voluntario milite numeri supplentur* (Loi 4, § 10. D. XLIX. 16). Esmein. *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1883, p. 297.

cette disposition ne produisait pas d'effet ; elle était *pro non scripta* (Marcien. pra. loi 17, D. XLVIII. 19). Le fisc ne la recueillait pas. « *Sane per hujusmodi personas fisco nihil acquiri, Divus pius rescripsit : et ideo quod legatum erat ei qui postea in metallum damnatus erat, ad fiscum non pertinere rescripsit : magisque ait, poenæ eos, quam fisci servos esse* » (Loi 12, D. XLIX. 14). Cette disposition fut abrogée par Justinien (Novelle XXII, C. 8).

L'ingratitude de l'affranchi envers son patron avait également pour résultat de faire perdre la liberté. Sur la plainte de ce dernier, le magistrat faisait retomber l'affranchi sous la puissance de son ancien maître, ou bien l'affranchi était vendu et le prix attribué à son patron. C'est ce qui résulte d'une Constitution de l'Empereur Commode qui nous a été conservée par Modestin (Loi 6, § 1. D. XXV. 3).

Enfin tombait également en esclavage celui qui se laissait vendre comme esclave pour partager le prix avec son complice, après avoir réclamé sa liberté. Cette disposition fut introduite par le sénatus-consulte Claudien, dans le but de punir le prétendu esclave de sa fraude et aussi pour indemniser l'acheteur lésé ; car bien que ce dernier eût une action *in factum* afin d'obtenir le double du dommage éprouvé, cette action n'eût produit aucun résultat, le vendeur et le prétendu esclave n'usant de ce stratagème pour se procurer de l'argent que parce qu'ils étaient insolvables. Pour que cette fraude amenât la perte de la liberté, ces quatre conditions étaient nécessaires : 1° celui qui s'était laissé vendre devait être majeur de vingt ans au moment de la vente ou du partage du prix ; 2° il de-

vait connaître sa qualité d'homme libre ; 3° le prix devait avoir été payé ; 4° l'acquéreur devait être de bonne foi, autrement il commettait un *plagium* et tombait sous le coup de la loi *Fabia*. « *Capitale crimen adversus eum ex lege Fabia de plagio nascitur* » (Loi, I D. XLVIII. 15).

Telles sont les différentes sources de l'esclavage. Les deux premières sont évidemment celles qui ont fourni le plus d'esclaves à la société Romaine et qui ont subsisté sans changement. Les dernières, créations du droit positif, ont varié avec lui. Nous avons vu en effet, en parcourant les différentes causes de la perte de la liberté qui dérivent de la volonté du législateur, que plusieurs d'entre elles ont été abrogées sous Justinien.

Quant à la condition de l'esclave, elle peut se résumer ainsi : il était incapable d'exercer aucune fonction, n'avait pas de famille, ne pouvait figurer dans une action en justice ni être titulaire d'aucun droit, et si les textes nous le présentent comme apte à posséder un pécule, à diriger un commerce, à être institué, il ne faut pas en conclure qu'il exerçât ces droits en son nom personnel ; il les exerçait au nom de son maître, c'était ce dernier qui était censé agir. Le maître avait le droit de vie et de mort sur son esclave. Telle était la condition de cet infortuné ; elle était la même pour tous, les différences, que nous indiquent les textes, n'étant que des différences de fait, que le maître pouvait faire disparaître à son gré. Ainsi nous savons qu'il existait des *servi ordinarii* et des *servi vicarii*, ceux-ci esclaves des premiers, faisant partie de leur pécule. Rien n'empêchait le maître d'ordonner que le vi-

carius prêt la place du *servus ordinarius* et que celui-ci servit l'autre à son tour.

Cette condition, qui aboutissait à faire d'un homme une chose, était donc fort dure, mais elle n'était pas irrévocable. Le mode régulier d'en sortir était la *manumissio*. C'était l'acte par lequel le maître conférait volontairement la liberté à son esclave,

Il y avait également différents cas, où le maître perdait malgré lui la puissance dominicale et sans qu'il y eût besoin d'une *manumissio*. C'est ainsi que Claude accorda la liberté à l'esclave abandonné pour cause de maladie. (L. 2. D. XL. 8). De même Marc-Aurèle décida que l'esclave dont le prix de vente a été payé à son maître au moyen de son pécule, *scilicet nummis*, ou par un tiers, serait déclaré libre par le magistrat, si l'acquéreur refusait de l'affranchir, et que dans ce cas il aurait pour patron l'aliénateur (L. 4. D. XL. 1). Le même Empereur voulut que l'esclave vendu sous la condition qu'il serait affranchi deviendrait libre de plein droit au terme fixé, si cette condition n'était pas remplie par le nouveau propriétaire (L. 3. 8. 9. D. XL. 8). L'esclave vendue *ne prostituatur* devient également libre de plein droit, s'il est contrevenu à la loi du contrat (L. 56. D. XVIII. 1). L'esclave obtenait aussi la liberté pour avoir dénoncé les meurtriers de son maître, d'après le sénatus-consulte Silanien (L. 5. D. XL. 8). Il l'acquerrait de même par usucapion après une jouissance longue, *diu*, dit le jurisconsulte Paul (L. 16. § 3. D. XL. 9), dont le délai fût fixé à vingt ans par Constantin (C. loi 3 7. 22), et en devenant moine ou *cubicularius* de l'empereur.

Les Empereurs chrétiens multiplièrent ces causes d'acquisition de la liberté. C'est ainsi que Constantin décida que l'esclave circoncis par un Juif deviendrait libre (1. C. I. 10), et que Justinien voulut que l'enfant exposé devînt libre et ingénu (L. 3, C. VIII, 52).

Mais, comme nous l'avons dit, le mode régulier et volontaire, par lequel se dissolvait la *dominica potestas*, était la *manumissio*, qui, à l'origine, s'effectuait de trois manières différentes, *censu*, *vindicta aut testamento*, à ce que nous apprend Ulpien.

La *manumissio censu* est la plus ancienne de ces formes. Elle remonte à Servius Tullius. Ce roi, pour rendre possible la division de la population en classes, imposa aux citoyens l'obligation de faire certaines déclarations devant le censeur, par exemple, indiquer leur parenté et le chiffre de leur fortune mobilière et immobilière, lesquelles étaient consignées sur un registre. L'affranchissement résultait de l'inscription de l'esclave sur les registres du cens avec le consentement du maître. La liberté était-elle acquise du jour de l'inscription ou seulement après l'expiration du délai qui séparait chaque recensement, c'est ce que nous ne pouvons pas dire. Dosithée nous apprend que la question était controversée (§ 17). Quoi qu'il en soit, l'esclave ainsi inscrit devenait libre et citoyen romain. Mais ce mode d'affranchissement ne pouvait longtemps suffire, parce qu'il ne se présentait qu'à des intervalles assez éloignés. Aussi les Romains, avec leur génie de toujours conserver les anciennes institutions tout en les accommodant par des détours plus ou moins subtils aux nécessités actuelles, avec leur carac-

rière de compléter les lacunes de leur législation par des rapprochements avec les dispositions antérieures, les Romains ne tardèrent pas à imaginer une nouvelle méthode. Ce fut l'affranchissement *vindicta* (1).

C'était une imitation de la *causa liberalis*, action dans laquelle un citoyen réclamait la liberté pour une personne injustement détenue en servitude, *in libertatem vindicabat*. L'intervention de cet *adsertor libertatis* était nécessaire, la personne de la liberté de laquelle il s'agissait étant réputée esclave jusqu'à preuve du contraire et en cette qualité ne pouvant la revendiquer elle-même, puisque l'exercice des actions de la loi lui était refusé. C'était donc un procès fictif. Le maître qui voulait affranchir, le citoyen qui jouait le rôle d'*adsertor* et l'esclave se présentaient devant le magistrat. L'*adsertor* réclamait la liberté pour l'esclave; le maître ne contredisant pas cette prétention, le magistrat rendait une décision conforme aux conclusions du demandeur, et par une *addictio* déclarait l'esclave libre. Un acte constatant l'affranchissement devait être remis par le maître à ce dernier.

Quoique cette espèce de *manumissio* présentât les formes d'un procès, celles de l'*in jure cessio*, elle n'appartenait cependant pas à la juridiction contentieuse du magistrat, mais bien à sa *jurisdictio voluntaria*. Il y jouait le rôle non d'un juge, mais celui d'officier de l'état civil, si nous pouvons nous servir de cette expression. Aussi pouvait-il affranchir en quelque lieu qu'il fut; il pouvait affranchir ses propres esclaves (L. 5, D. XL. 2), et

1. Denys Halycar, Livre IV. § 16.

Ulpien nous apprend qu'il n'était même pas nécessaire que ses licteurs fussent présents (L. 8. D. XL. 2).

Quant à la *manumissio* par testament, nous savons par Ulpien qu'elle provenait de cette disposition de la loi des XII Tables qui validait toutes les volontés du testateur.

La liberté était laissée soit directement soit par l'intermédiaire d'une personne. Directement, quand le testateur employait une formule analogue à celle du legs *per vindicationem* : *Servus meus Stichus liber esto*. Dans ce cas l'esclave était affranchi de plein droit, dès qu'il y avait un héritier; il était dit *libertus orcinus*, parce qu'il était censé affranchi par le testateur, d'où cette conséquence que les *jura patronatus* appartenaient à la famille de ce dernier et non à son héritier.

Mais de même que le testateur n'aurait pas pu léguer *per vindicationem* une chose qui ne lui appartenait pas, de même il ne pouvait ainsi donner la liberté qu'à son propre esclave. Aussi était-il obligé d'employer une autre formule pour affranchir l'esclave d'autrui ou même le sien propre, au cas où il aurait voulu assurer à son héritier les *jura patronatus*. Il chargeait donc ce dernier de cet affranchissement au moyen d'une formule soit impérative, *heres meus damnas esto*, soit précatrice. Dans le premier cas l'héritier fut toujours obligé d'exécuter les volontés du testateur, dans le second, ce ne fut qu'à partir du moment où les fidéicommiss devinrent obligatoires, c'est-à-dire sous le règne d'Auguste. Jusqu'à cette époque un affranchissement fait en cette forme n'était pas obligatoire.

La liberté ainsi laissée portait le nom de *libertas fidei-*

commissaria, par opposition à celle qui était léguée en la forme du legs *per viendicationem* et qui était dite *directa*. La disposition qui l'accordait pouvait être contenue dans un codicille quelconque, tandis que la *libertas directa* ne pouvait provenir que d'un testament ou d'un codicille confirmé.

L'affranchissement pouvait être soumis à une condition expresse ou à un terme, ce qui n'était pas possible pour les affranchissements *censu* ou *vindicta* ; l'esclave affranchi par ces deux derniers modes gardait son pécule, s'il ne lui était pas retiré, tandis que celui affranchi par testament n'y avait droit que s'il lui était expressément légué. (Institutes, II, XX, § 20).

Mais tant que duraient les opérations du cens, il n'y avait qu'un seul mode d'affranchissement efficace, la *manumissio censu* ; car si les esclaves affranchis *vindicta* ou *testamento* ne se faisaient pas inscrire, s'ils ne remplissaient pas l'obligation imposée à tout citoyen de *profiteri censum*, ils eussent été *incensi* et leur liberté eût été perdue aussitôt que conquise. Aussi décidait-on qu'en pareil cas ils restaient soumis à la puissance dominicale. Ces règles exceptionnelles cessaient *cluso censu* ; les deux autres modes d'affranchissement reprenaient toute leur force et leur indépendance. Et la périodicité des lustres faisait qu'il n'en résultait pas d'inconvénients. Mais quand, sous l'Empire, les recensements s'espacèrent de plus en plus, des affranchissements, qui auraient suivi immédiatement la clôture du lustre, auraient pu paraître suspects ; on aurait eu juste sujet de croire qu'ils n'étaient faits ainsi que pour éviter au nouveau citoyen le paiement

des impôts. Cependant la même solution est donnée dans deux notes de Paul ainsi restituées par M. Dareste : *si cluso censu liberi fiunt nec postea census actus fuerit in censorum pœnis non tenebuntur. — Quare ipsi si cluso censu liberi fiant recte manumissi sunt* (1).

Le caractère de ces affranchissements était donc solennel, et l'on peut voir dans la description des trois modes que nous venons de donner que la volonté du peuple sanctionnait celle du maître. Le peuple intervenait lui-même dans l'affranchissement par testament tant que cet acte fut fait *calatis comitiis*, et quand cette antique forme fut tombée en désuétude, il fut représenté par les trente licteurs et plus tard par les témoins. Il participait également aux affranchissements *censu et vindicta* par la présence du censeur et du magistrat auxquels il avait délégué ses pouvoirs. Il était logique en effet que cette opération, qui avait pour résultat d'augmenter le nombre des membres de la cité et d'accorder les privilèges accordés au titre de *civis romanus*, ne pût être exécutée sans que le peuple y prît part.

1. Esmein. *Nouvelle Revue historique*, 1883, p. 497.

CHAPITRE II

DE L'ACQUISITION DE LA LIBERTÉ JUNIENNE

Tels étaient les procédés anciens par lesquels l'esclave devenait à la fois libre et citoyen. Mais vers la fin de la République on essaya de s'affranchir de ces formes solennelles, et de nouveaux modes d'affranchissement passèrent en usage. C'est ainsi que les maîtres se bornèrent à manifester leur intention de donner la liberté *per epistolam, inter amicos, inter epulas*. (Paul, IV. XII. § 2). Ces déclarations dans une législation aussi formaliste que la législation romaine ne pouvaient produire les mêmes effets que la *manumissio justa* ou *legitima*, suivant l'expression de Gaïus. Non seulement les esclaves ainsi affranchis ne devenaient pas citoyens, mais ils ne devenaient même pas libres. Ils étaient dans une liberté de fait, *in libertate morabantur*, mais au point de vue légal ils étaient toujours esclaves et par conséquent toujours sous le coup d'une revendication de la part de leur patron qui n'avait pas cessé d'être leur maître. Ce n'était que grâce à une intervention du préteur qu'ils étaient maintenus dans cet état. « *Hi autem qui domini voluntate in libertate erant* », dit Dosithée, *manebant servi, et manumissores audebant eos iterum in servitutem pervinducere; sed interveniebat prætor et non patiebatur manumissum*

servire (1) ». Mais s'ils continuaient à jouir de leur liberté, il n'en résultait pas moins de leur situation légale d'esclaves que tout ce qu'ils acquéraient appartenait à leur maître, lequel, toujours grâce à l'intervention du prêteur, ne s'emparait de ces biens qu'à la mort de l'affranchi.

Cette situation était donc bien précaire, puisque l'affranchi ne pouvait résister à la revendication du maître qu'en demandant au magistrat d'interposer son autorité, pour que pareille iniquité ne se produisît pas. Et si elle présentait des inconvénients quant à lui, elle n'était pas moins dangereuse pour la cité. En effet ces modes d'affranchissement entrèrent en usage, dans le but d'éviter les formalités plus ou moins gênantes des *manumissiones legitimæ*, lorsque le nombre des esclaves devenu plus considérable entraîna des affranchissements plus fréquents. De là dans la cité une foule de personnes jouissant d'une situation légale mal définie, vivant en liberté quoique non libres en droit, et susceptibles de réunir le fait et le droit par l'usage, d'acquérir par usucapion la liberté et par suite la cité après en avoir joui *diu*, nous dit le jurisconsulte Paul. (L. 16. D. XL. 9, § 3). C'était absolument contraire aux anciens principes qui exigeaient que le peuple donnât son consentement à l'admission d'un nouveau membre dans la cité. Aussi fut-ce l'objet des préoccupations publiques ; nous en trouvons la trace dans Cicéron (*pro Milone*, § 12). Le tribun Clodius, pour régulariser cette situation, proposa d'accorder à ces affranchis et la liberté et la cité. « *Clodius constituerat*, dit Cicéron,

1. Disput. de *manumis*, § 5.

ut servi qui privata dominorum voluntate manumissi libertate morabantur, justa libertas ac civitas romana cum suffragio in rusticis tribubus ipso jure daretur (1) ». Par quel mobile était poussé Clodius quand il fit cette proposition, c'est ce que nous ne savons pas exactement, mais du caractère que lui attribue Cicéron dans son plaidoyer *pro Milone*, on peut vraisemblablement supposer qu'il cherchait ainsi à s'attacher ces affranchis, avec le concours desquels il espérait mettre à exécution ses projets d'arriver à la préture, magistrature qu'il comptait faire servir d'instrument à ses fureurs, sans frein et sans contrôle, en obtenant la nomination de consuls faibles et complaisants. Quoi qu'il en soit, cette proposition n'eut pas de suites. A cette époque, le titre de citoyen avait encore toute sa valeur, et on ne crut pas devoir accorder tous les privilèges qu'il contenait sans contrôle et à toute une classe d'hommes.

Cette situation se maintint jusqu'à la loi *Junia*, qui vint décider que les esclaves affranchis par un mode non solennel deviendraient libres, mais qu'ils n'acquerraient pas la cité romaine. Ils devaient être assimilés à ceux qui avaient été conduits dans les colonies latines, et devaient prendre le nom de Latins Juniens. C'est ce que nous apprend Gaius : « *Postea vero per legem Juniam eos omnes*

1. Demangeat. I, p. 190. C'est M. Peyron qui a retrouvé ce passage. Orelli et Beier le reconstituent ainsi : *omnes tribus divis libertinis servos ille omnes qui in libertate morarentur, lege nova additurus erat, ut ipsi cum ingenuis œqualiter suffragia ferrent.*

quos prætor in libertatem tuebatur, liberos esse cœpisse et appellatos Latinos Junianos (III. § 36).

Cette loi Junia contenait une autre disposition.

Les Romains avaient divisé les choses en *res Mancipii* et *res nec Mancipii*. Les premières, au témoignage de Gaius (II, § 15 à 18), comprenaient les immeubles urbains ou ruraux situés en Italie, les servitudes rurales en Italie, les bêtes de somme, *quæ dorso collove domantur*, enfin les esclaves. Toutes les autres choses étaient des *res nec Mancipii*.

Le caractère des *res Mancipii* était de ne pouvoir être aliénées qu'en certaines formes solennelles. La tradition ne suffisait pas pour transférer la propriété ; il fallait une *Mancipatio* ou une *in jure cessio*. Pourquoi en était-il ainsi ? nous n'en savons rien ; mais en examinant l'énumération donnée par Gaius, qui montre bien que toutes les *res Mancipii* étaient des objets de haute valeur pour les Romains, pour un peuple encore dans l'enfance et n'ayant pas encore atteint une civilisation bien avancée, on peut tirer cette conclusion très vraisemblable que le législateur n'avait exigé ces solennités spéciales que pour mieux avertir le propriétaire de la perte qu'il allait éprouver en consentant à l'aliénation de ces objets précieux, et pour l'obliger à manifester son consentement d'une manière plus claire et plus évidente.

La tradition d'une *res Mancipii* ne transférait donc pas la propriété à celui à qui elle était transmise. Le *tradens* restait propriétaire et par conséquent pouvait revendiquer la chose contre l'*accipiens* tant que ce dernier, par l'accomplissement du délai d'usucapion, n'avait pas

acquis le *dominium ex jure Quiritium*. C'était une conséquence inique, mais nécessaire, des principes admis en matière d'aliénation des *res Mancipi*. Mais le préteur, fidèle à son rôle, « *adjuvandi vel supplendi, vel corrigendi juris civilis gratia* (1) », (Papinien, L. 7. § 1. D. I. 1), ne la laissait pas se reproduire. Sur la fiction que l'usucapion était accomplie et que l'*accipiens* était ainsi devenu propriétaire, il lui accordait une exception, au moyen de laquelle la demande du *tradens* était repoussée. Le préteur Publicius fit plus ; il institua, toujours en prenant la même fiction comme base, une action, laquelle prit son nom, contre toute personne, même contre le *tradens*, qui détiendrait la chose ainsi transmise, afin d'assurer la rentrée en possession de l'*accipiens*, ce dernier n'ayant pas la revendication, puisqu'il n'était pas propriétaire. On disait alors que l'*accipiens* avait la chose *in bonis* et que le *tradens* avait conservé le *nudum dominium ex jure Quiritium* ; le premier jouissait de tous les avantages de la propriété, le second n'avait qu'un titre nu. « *Nam placet*, nous dit Gaius, *et nulla causa ei adquiri posse, adeo ut, et si nominatim ei dari stipulatus fuerit servus, Mancipiove nomine ejus acceperit, quidam existiment nihil ei adquiri* (III, § 166).

Or les esclaves, comme nous l'avons vu, étaient *res Mancipi*. Celui qui avait un esclave *in bonis*, quoiqu'il eût la puissance dominicale et tous les droits qui en découlent (Gaius I, § 54), ne pouvait donc pas l'affranchir, à cause de ce *nudum dominium* qui restait l'apanage de l'ancien propriétaire. Il était en effet de principe que l'affranchissement ne pouvait provenir que de celui qui avait un droit complet sur l'esclave. Tout ce qu'il était possi-

ble de faire au propriétaire bonitaire, c'était de le laisser vivre en liberté, c'était de changer sa condition en celle de *servus in libertate*. Le *nudus dominus*, de son côté, n'avait pas le pouvoir d'affranchir, puisqu'il avait perdu la puissance dominicale et n'avait conservé qu'un droit tout théorique et sans avantages pratiques. La loi Junia fit pour ces esclaves ce qu'elle avait déjà fait pour ceux qui avaient été affranchis par une *manumissio non legitima*. Mais de même qu'elle n'avait pas cru devoir accorder à ces derniers le droit de cité romaine, de même elle prescrivit que les esclaves affranchis par le maître qui les avait seulement *in bonis* ne jouiraient que des droits des Latins Coloniaires.

Tel était le second chef de la loi Junia, qui, on le voit, fut une réaction contre l'ancien droit en faveur des esclaves.

La loi *Ælia Sentia* fut au contraire une loi restrictive. On reconnut que dans les *manumissiones legitimæ* la participation du peuple, qui à l'origine avait été réelle, n'était plus que fictive, que son intervention ne consistait plus qu'en l'emploi de certaines formules symboliques et que par suite, en fait, le maître seul décidait souverainement et sans contrôle. Cette situation présentait un danger, car l'accès de la cité devenait par trop facile et dépendait d'un caprice. Denys d'Halycarnasse s'indigne que la cité s'ouvre à la tourbe des esclaves, « *ut tanta probra et sordes inexpugnabiles in rempublicam invehuntur* » (IV. 24). Aussi voulait-il que les censeurs ou les consuls fussent chargés d'examiner dans quelles conditions l'affranchissement avait été accompli, et d'exclure de la cité

comme de Rome même ceux qu'ils jugeraient indignes. On voulut donc réprimer les trop nombreux affranchissements, qui n'avaient souvent d'autres causes que la vanité du maître. Nous savons en effet que maintes fois l'on affranchissait pour être entouré d'un grand nombre de clients ou pour faire précéder son cortège funèbre d'une longue file d'affranchis coiffés du *pileus* et ainsi témoigner de sa munificence. La loi Fufia Caninia, en limitant les affranchissements testamentaires, marque clairement les tendances de l'époque.

Aussi la loi *Ælia Sentia* décida-t-elle que l'esclave, qui serait affranchi avant qu'il eût atteint l'âge de trente ans, n'acquerrait pas en même temps la liberté et la cité, mais deviendrait seulement Latin Junien. On ne pensait pas que cet esclave eût pu, avant l'accomplissement de cet âge, rendre à son maître des services assez importants pour obtenir comme récompense le droit de dire : *Civis sum Romanus*.

Cette loi fit plus. Elle prohiba l'introduction dans la cité d'éléments peu honorables, en prescrivant que les esclaves, qui auraient subi certaines peines, ne pourraient devenir citoyens. Elle ne les assimila même pas aux Latins Juniens, elle en fit des déditices, c'est-à-dire leur imposa la condition des *peregrini dediticii*, peuples qui, après avoir été vaincus par les Romains, s'étaient rendus à discrétion. Ils ne pouvaient demeurer à Rome ou dans un rayon de cent milles sous peine d'être vendus, leurs biens et eux, et à condition qu'ils ne seraient jamais affranchis, et Gaius nous apprend que si l'acquéreur, au mépris de cette clause, procédait à l'affranchis-

sement, cette *manumissio*, au lieu de conférer la liberté, faisait retomber le déditice dans la propriété du peuple romain, « *etsi manumissi fuerint, servi populi romani esse jubentur* » (I, § 27.). La tâche imprimée par la condamnation était tellement indélébile qu'il ne leur était accordé aucun moyen de changer d'état et de devenir citoyens. Ils n'avaient le droit ni de faire un testament, ni de recueillir une disposition testamentaire, même par fidéicommiss, « *nullo modo* » dit Gaïus (I. § 25). Enfin à leur mort le patron recueillait leurs biens comme il l'aurait fait pour ceux d'un affranchi devenu citoyen romain, *jure hereditario*, pour se servir de l'expression consacrée, au cas où, en supposant qu'ils n'eussent été frappés d'aucune condamnation, l'affranchissement leur eût conféré le droit de cité, c'est-à-dire si la *manumissio* eût été *justa*. Au contraire leur fortune faisait retour au patron de la même manière que le pécule d'un esclave, *jure peculii*, si, toujours dans l'hypothèse où ils n'eussent éprouvé aucune flétrissure, le mode employé pour dissoudre la puissance dominicale ne leur eût fait acquérir que les droits des Latins Juniens (Gaïus, III, § 74, 75, 76). De là des différences importantes dans le droit du patron, parmi lesquelles nous devons mentionner celle-ci que, au second cas, le patron, étant tenu des dettes de l'affranchi seulement par l'action *de peculio*, ne peut être poursuivi que dans l'année utile et seulement jusqu'à concurrence de la valeur du pécule.

Quant aux condamnations qui entraînaient cette *pessima libertas*, un passage de Paul (IV-XII, § 3 à 8) prouve qu'elles devaient émaner d'une personne compétente et ca-

pable d'apprécier sainement la gravité du délit. Il est également probable qu'un maître qui aurait infligé une telle punition sans raison, uniquement pour faire souffrir l'esclave et dans le but de lui nuire même après qu'il aurait cessé d'en être le propriétaire, n'aurait pas pu empêcher celui-ci de devenir citoyen, dans l'hypothèse où, après avoir été vendu, il serait affranchi par son nouveau maître. Ces peines au témoignage de Gaïus (I, § 13) étaient les fers, la marque au fer rouge, la torture pour un délit dont l'esclave serait demeuré convaincu. Il en était de même pour ceux qui avaient été livrés pour combattre comme gladiateurs ou contre les bêtes féroces, et ceux qui avaient été condamnés à la prison ou à être jetés dans l'amphithéâtre.

Nous venons de dire que l'esclave mineur de trente ans devenait Latin Junien par son affranchissement. C'est ce que nous apprend Gaïus : « *Nam in cujus personna tria hæc concurrunt, ut major sit triginta annorum, et ex jure Quiritium domini, et justa ac legitima manumissione liberetur, id est vindicta, aut censu aut testamento, is civis Romanus fit, sin vero aliquid eorum deerit Latinus fit* (I, § 17) ». Ce texte est formel. Malheureusement il est contredit par un passage d'Ulpien. « *Eadem lege, nous dit le jurisconsulte, cautum est, ut minor triginta annorum servus vindicta manumissus civis romanus non fiat, nisi apud consilium causa probata fuerit. Ideo sine consilio manumissum Cæsar's servum manere putat. Testamento vero manumissum perinde haberi jubet, atque si domini voluntate in libertate esset, ideoque Latinus fit* » (I § 12). Ce texte fait une différence entre l'affranchissement *vindicta* et

l'affranchissement *testamento*. L'esclave affranchi par testament avant d'avoir atteint l'âge de trente ans deviendrait Latin Junien ; au contraire l'affranchissement d'un tel esclave par la vindicte ferait bien perdre au maître la puissance dominicale, mais n'aurait pas pour effet de conférer la liberté, même la liberté junienne à cet esclave, lequel deviendrait la propriété de l'Empereur. Les deux jurisconsultes donnent des solutions tout-à-fait différentes et on a fait de nombreux efforts pour les mettre d'accord.

Le mot *Cæsaris* ne présentant aucun sens, en effet, pourquoi attribuer cet esclave à l'Empereur, Cujas le retranche. Zimmern le remplace par *Senatus* (1) et Puchta (2) par le nom d'un jurisconsulte, Cassius, dont l'opinion serait rapportée par Ulpien. Schilling lit au lieu de *Cæsaris*, *censu*. Cette dernière leçon est inadmissible en présence d'un fragment, où Ulpien lui-même nous apprend que l'affranchissement *censu* n'existait plus de son temps : « *Censu olim manumittebantur qui lustrali censu Romæ jussu dominorum, inter cives romanos censu profitebantur* » (Frag. I. § 8). Quelle raison aurait eue le jurisconsulte de mentionner ce mode d'affranchissement ?

Quant aux corrections de Puchta et de Zimmern, elles laissent subsister ce singulier résultat que l'esclave mineur de trente ans affranchi *vindicta* reste esclave, tandis que celui affranchi *testamento* devient Latin Junien.

1. *Geschichte des Privatrechts*, I, p. 763, n° 15.
Civilistische Abhandlungen, p. 167, n° 1.

Pourquoi distinguer entre ces deux modes d'affranchissement, et surtout comment admettre que la *manumissio vindicta*, qui par la loi *Ælia Sentia* elle-même est préférée à la *manumissio testamento*, puisque c'est elle qui permet de conférer la cité romaine à l'esclave mineur de trente ans en faisant approuver par le conseil la cause de l'affranchissement, comment admettre que cette *manumissio vindicta* produise dans le cas qui nous occupe moins d'effet que la *manumissio testamento*?

Le texte d'Ulpien ne doit donc pas nous être parvenu dans toute sa pureté : et ce qui corrobore cette assertion, c'est l'expression *sine consilio manumissum*, qui certainement n'a pas été employée par ce jurisconsulte, toujours si correct en ses termes, pour celle-ci *causa apud consilium non probata manumissum*.

Aussi pensons-nous que c'est l'opinion de Gaïus qui doit être suivie et que le membre de phrase, *ideo sine consilio manumissum Cæsaris servum manere putat*, doit être retranché comme n'étant pas d'Ulpien. Nous nous rangeons à l'opinion de M. Demangeat qui n'y voit qu'un simple *glossema*, c'est-à-dire une réflexion plus ou moins juste qu'un lecteur du moyen-âge aura écrite sur le manuscrit (1).

En supprimant cette proposition, le texte d'Ulpien devient clair et d'accord avec le passage de Gaïus. Le jurisconsulte étudie les conséquences de l'affranchissement d'un esclave qui n'a pas encore atteint l'âge de trente ans.

1 Demangeat. I, p. 191. Accarias, 4^e édit., p. 152, note 1. de Wangerow. *Ueber die Latini Junani*, § 5 et seq.

La *manumissio censu* n'existant plus, il n'en parle pas ; il ne s'occupe pas davantage des modes d'affranchissement non solennels, puisque dans tous les cas, que l'esclave soit arrivé ou non à sa trentième année, ils ne peuvent que conférer la liberté latine. Il ne traite donc que des deux autres *manumissiones legitimæ*, *vindicta* *aut testamento*, et il dit que l'esclave mineur de trente ans affranchi *vindicta* ne deviendra citoyen que si *causa probata apud consilium fuerit*, ce qui donne à entendre que, dans l'hypothèse où cette condition n'est pas remplie, l'affranchissement produira un effet moindre, confèrera bien la liberté, mais non la cité, en d'autres termes que l'affranchi sera Latin Junien. Quant à l'esclave mineur de trente ans affranchi *testamento*, il n'aura jamais que cette situation, la *causa probatio apud consilium* ne pouvant avoir lieu. Si Ulpien avait voulu dire que l'esclave *vindicta manumissus sine causæ probatione* restait esclave, il n'aurait pas employé les termes, *civis romanus non fit*, il se serait exprimé comme il l'a fait au § 13, en parlant d'un maître mineur de vingt ans qui ne peut affranchir sans faire approuver par le conseil la cause de l'affranchissement, il aurait dit : *Prohibet servum manumittere* (1).

Faisons enfin remarquer en faveur de notre opinion que, d'après le texte d'Ulpien, l'individu, dont le seul tort était de ne pas avoir trente ans, eût été traité plus durement que l'homme convaincu de crime ou d'immoralité. Tandis que le premier serait resté esclave, le second serait devenu déditice, mais libre. Cette consé-

1. De Wangerow, p. 32, § 7.

quence évidemment inadmissible prouve une fois de plus que le texte d'Ulpien ne nous est pas parvenu dans toute sa pureté.

L'esclave mineur de trente ans ne devenait donc citoyen romain que s'il était affranchi *vindicta* et *causa apud consilium probata*. Il pouvait en effet se présenter des circonstances où il eut été inique d'empêcher un esclave d'arriver à la cité, uniquement parce qu'il n'avait pas atteint un certain âge.

Les *justæ causæ manumissionis* sont indiquées par Gaius (§ 19) et par Justinien (§ 5). Ce ne sont pas les seules ; Marcien nous dit : « *Justa causa manumissionis est si periculo vitæ infamiceve dominum servus liberaverit* » (Loi 9. D. XL. 2). Elles reposent toutes, soit sur les services rendus par l'esclave, soit sur l'affection du maître pour ce dernier. Telle est l'hypothèse que nous indique Marcien ; il en est de même pour les cas où le maître veut affranchir son père ou sa mère, son fils ou sa fille, son frère ou sa sœur, sa nourrice, son frère de lait, son précepteur. Théophile nous donne des exemples de ces situations bizarres, où un homme libre avait sous sa puissance son père ou sa mère, son frère ou sa sœur ; c'est ainsi que si un fils, étant en servitude avec ses parents, est affranchi par son maître et institué héritier, il deviendra leur maître : de même si un homme, ayant des enfants d'une esclave, a par la suite un enfant légitime qui lui succède, celui-ci se trouve avoir sous sa puissance ses frères et sœurs naturels. Mais cette affection qui motive l'affranchissement doit toujours avoir une cause honnête : « *Illud in causis probandis*, nous dit Ulpien, *meminisse judices op-*

portet, ut non ex luxuria, sed ex affectu descendentes causas probent : neque enim deliciis sed justis affectionibus dedisse justam libertatem legem Æliam Sentiam credendum » (L. 16. D. XL. 2).

Il y avait encore *justa causa manumissionis* quand le maître affranchissait son *ancilla* pour l'épouser ; mais cette *justa causa* n'existait que si le maître s'engageait sous serment à s'unir à cette esclave et que cette condition fût remplie dans les six mois de l'affranchissement, à moins qu'il n'y eut empêchement légal postérieur, par exemple, si le maître devenait sénateur, le mariage ayant été prohibé à l'origine entre ingénus et affranchis et cette prohibition ayant été maintenue entre sénateurs et affranchies par la loi Pappia Poppœa, quand elle effaçait cette différence entre les ingénus et les affranchis (L. 23. D. XXIII. 2). Si le mariage n'avait pas lieu, l'affranchissement s'évanouissait. « *Item si matrimonii causa virgo vel mulier manumittatur, exacto prius jurejurando, ut intra sex menses uxorem eam duci oporteat : ita enim senatus censuit* », nous dit Ulpien (L. 13. D. XL, 2). La condition de la femme était donc *in pendent*. Elle était libre depuis la *manumissio*, si la condition du mariage était remplie ; elle n'avait pas cessé d'être esclave, si elle ne se réalisait pas ; et de là était née la question de savoir quelle serait la condition de l'enfant mis au monde par elle durant ces six mois. On avait décidé que la condition de cet enfant serait en suspens comme celle de la mère et qu'il naîtrait libre ou esclave suivant la célébration ou non du mariage. « *Si minor annis, dit Celsus, apud consilium matrimonii causa prægnantem manumiserit, eaque*

interim pepererit in pendenti erit; servus an liber sit, quem ea pepererit » (L. 19. D. XL. 2).

On mettait également au nombre des *justæ causæ* l'hypothèse où le maître affranchissait son esclave pour le constituer *procurator ad litem*; mais dans ce cas l'esclave devait avoir au moins dix-sept ans (1); car, comme jusqu'à cet âge il était interdit de *postulare*, c'est-à-dire de plaider, la cause n'aurait pas été *justa*, elle aurait été illégale; et c'est pour le même motif que le castrat n'a pas de *justa causa* d'affranchir son *ancilla* dans le but de l'épouser, puisqu'il ne peut se marier (2), pas plus que l'impubère qui voudrait avoir son affranchi comme tuteur, « *namque, dit Gaïus, perabsurdum est in eligendo tutore firmum videri esse judicium pupilli, cujus in omnibus rebus ut infirmum judicium tutore auctore regitur* » (L. 25. D. XL. 2).

Quand un affranchissement avait été fait en vertu d'une *causa* reconnue *justa*, la liberté ne pouvait plus être révoquée, que le conseil eût été trompé ou non, que la cause eût été vraie ou fausse. « *Semel causa probata, sive vera, sive falsa, non retractatur*, nous dit Justinien (Inst. I, VI, § 6), et Marcien nous apprend que si devant le conseil on pouvait contester la valeur du motif allégué, on ne pouvait pas en appeler de sa décision : « *nam causæ probationis contradicendum, non etiam causa jam probata retractanda est* (L. 9, § 1, D. XL. 2). »

Quant à la composition de ce *consilium*, Gaïus nous ap-

1. Ulp. I, § 2. L. 10. D. I. 1.

2. L. 14, § 1. D. XL.

prend qu'il est formé à Rome de cinq sénateurs et de cinq chevaliers romains pubères présidés par le préteur ou le consul, et en province de vingt *recuperatores* citoyens romains présidés par le *Præses*. C'est le président qui convoque le *consilium* et seul il peut le présider ; il ne peut déléguer ses pouvoirs à cet effet : « *mandata jurisdictione a Præside*, dit Ulpien, *consilium non potest exercere is cui mandatur* » (L. 2, *præ. D. I*, 21).

A Rome le conseil s'assemble à certains jours déterminés, et dans les provinces le dernier jour du *Conventus*, c'est-à-dire le dernier jour des assises que le *Præses* tenait dans diverses localités importantes de sa province pour l'expédition des affaires judiciaires soit contentieuses soit gracieuses. Mais en ce qui touche la nomination des membres de ce conseil, on ne peut donner de décision certaine. Comment étaient-ils élus, nous ne le savons pas. Cependant M. Laboulaye (1) prétend qu'ils étaient nommés par le consul. M. Accarias (2) partage cette opinion et s'appuie sur cette phrase de la Loi I, D. I, 10 « *consilii causam examinat* ». Mais ce texte est susceptible d'une interprétation différente, et d'autres auteurs pensent qu'au lieu de signifier que le choix des membres de ce conseil appartient au consul, il donne seulement à ce dernier le droit de rejeter la décision du conseil, au cas où il ne la trouverait pas bonne.

Une deuxième exception au principe que l'esclave mineur de trente ans devenait Latin Junien, à moins qu'il

1. Demangeat, I, p. 204, note 1.

2. Accarias, I, p. 172, note 1.

n'eût été affranchi *vindicta et causa probata apud consilium*, est celle qui nous est indiquée par Ulpien et par Gaius (I, § 14 — I, § 21). L'esclave, quoique n'ayant pas encore atteint l'âge légal, devenait citoyen s'il était affranchi et institué par son maître insolvable.

Le motif de cette dérogation nous est bien connu. Le maître, pour éviter les conséquences ignominieuses de la *bonorum venditio*, qui se seraient attachées à sa mémoire, si cette vente *per universitatem* s'était faite sous son nom, et pour être assuré d'y échapper, le maître, disons-nous, qui avait des doutes sur sa solvabilité, instituait son esclave, lequel, en sa qualité d'héritier nécessaire, n'avait pas le droit de répudier l'hérédité. C'est le nom de cet esclave qui figurait sur les *proscriptiones* annonçant la *bonorum venditio*, c'est sur lui que retombait l'infamie à laquelle échappait le maître, et l'on peut dire à juste titre que cette infamie était le prix de sa liberté. Cet esclave devenait donc libre et même citoyen; car sans cela il n'aurait pas pu être héritier, et ce qui montre bien avec quelle faveur était vue l'institution d'un *servus proprius* dans ce but, c'est qu'il en était ainsi, non pas seulement quand l'esclave n'aurait pu acquérir que la liberté junienne à cause de son âge, mais encore quand il n'eût dû à cause des peines par lui subies ne devenir que déditice. Il y a plus, la même solution était admise, lorsque l'affranchissement était nul d'après la loi *Ælia Sentia*, comme émanant d'un maître mineur de vingt ans.

Mais si le législateur avait cru devoir accorder ce bénéfice au maître, il n'avait pas négligé les intérêts des créanciers de celui-ci. Aussi ne permettait-il d'instituer

qu'un seul esclave et réduisait-il l'institution à un seul, s'il en était désigné plusieurs.

L'esclave mineur de trente ans acquérait également la cité, lorsqu'il était affranchi par testament sous cette condition, *cum annorum triginta erit*. Il était *statuliber*, c'est-à-dire vivait en liberté, jusqu'au moment où il atteignait l'âge légal, et à cette époque il devenait à la fois libre et citoyen (L. 13, § 5. D. XL, 7).

Enfin, un texte de Paul pourrait faire croire que l'esclave mineur de trente ans devient citoyen quand il est nommé tuteur par testament. « *Lucius Titius*, dit le jurisconsulte, *heredes instituit filios suos pupillaris ætatis eisque tutores his verbis dedit : filiis meis tutores sunt Gaius Mævius et Lucius Eros. Cui Eroti libertatem non dedit ; fuit autem Eros intra quinque et viginti annos. Quæro an possit libertatem sibi vindicare ? Paulus respondit, quoniam placet, eum, qui a domino tutor datus est, libertatem quoque meruisse videri, eum quoque de quo quæritur in eadem causa habendum ; et liberum quidem ab adita hereditate esse, tutela autem post legitimam ætatem onerari » (L. 32, § 2. D. XXVI, 2). C'est ce qu'on a soutenu.*

On a fait contre cette opinion l'objection suivante : L'esclave ainsi affranchi ne peut devenir que Latin, puisqu'il est mineur de trente ans, et en cette qualité il ne peut être tuteur. Il y a été répondu que le choix fait de lui par le maître pour être tuteur de ses enfants constituait manifestement une *justa causa manumissionis* et que l'intervention du conseil était par suite regardée comme superflue, et qu'en l'espèce c'est comme s'il eût été affranchi *vindicta causa apud consilium probata*. C'est l'opinion

de Pothier : « *Quemadmodum servus, dit-il, licet minor triginta annorum, civilem libertatem consequitur cum ex justa causa apud consilium probata manumittitur, ita et in hac specie civilem libertatem consequitur quia justa manumissionis causa est ut tutor sit liberis testatoris.* »

Nous ne pensons pas que le texte de Paul nous soit parvenu bien exactement : il a été très probablement corrigé par les commissaires de Justinien pour le mettre d'accord avec la législation de l'époque, laquelle nous est donnée par les Institutes (*qui tut. test. dari pos.*) « *Servus proprius testamento cum libertate recte tutor dari potest, sed sciendum est eum, et sine libertate tutorem datum, tacite libertatem directam accepisse videri et per hoc recte tutorem esse. Plane si per errorem, quasi liber tutor datus sit, aliud dicendum est* ». Au temps de Paul on ne connaissait pas cette *libertas directa* dérivant implicitement d'une disposition testamentaire. La décision la plus favorable était qu'une pareille disposition conférait la liberté fidéicommissaire. Aussi, à notre avis, voici quelle devait être la solution donnée par Paul. L'héritier, par suite de la nomination de cet esclave à la tutelle, est obligé à l'affranchir de manière à ce qu'il puisse devenir tuteur, c'est-à-dire *vindicta apud consilium causa probata*, et le choix que le maître a fait de lui constitue la *justa causa manumissionis*, la minorité de vingt-cinq ans, jusqu'à Justinien, ne constituant qu'une excuse de la tutelle et non une incapacité.

Comme nous l'avons dit plus haut, nous ne pensons pas que le texte de Paul nous soit parvenu dans toute sa pu-

reté (1); et la preuve c'est que, dit M. Accarias (2), la minorité de vingt-cinq ans y est considérée comme emportant l'incapacité d'être tuteur, et que, quarante ans après Paul, un rescrit des empereurs Valérien et Gallien décide que dans l'hypothèse présente l'esclave n'aura que la liberté fideicommissaire. « *Et si non scripta libertate, testator servum suum tutorem filiis suis dederit, receptum est, et libertatis et pupillorum favore, ut per fideicommissum manumississe eum videretur* » (L. 9. C. VII. 4.).

Ainsi pour nous la solution donnée par Paul, loin de constituer une exception au principe général, n'en est qu'une application, puisque l'affranchissement résulte en réalité de la vindicte et non du testament.

Les trois principales causes de l'acquisition par un esclave de la condition de Latin Junien, étaient celles que nous venons d'énumérer, la *manumissio non justa*, l'affranchissement de la part d'un maître qui n'a pas le *dominium ex jure Quiritium*, enfin la minorité de trente ans quant à l'esclave.

Mais elles n'étaient pas les seules. C'est ainsi que nous savons par Justinien que, d'après un édit de l'Empereur Claude, l'esclave abandonné pendant une maladie devenait Latin Junien et qu'il en était de même pour l'*ancilla* vendue *ne prostituatur*, au cas où cette condition n'était pas remplie (L. § 3. C. VII. 6).

1. Demangeat, I, p. 339.

2. Accarias, I, p. 331, n. 1.

CHAPITRE III

DATE DE LA LOI JUNIA

Maintenant que nous avons déterminé quels sont ceux des esclaves qui, par leur affranchissement, au lieu d'acquérir la qualité de citoyens romains, deviennent seulement Latins Juniens, il nous resterait à examiner leur condition juridique ; mais avant d'étudier la situation que leur faisait la loi, nous devons aborder une controverse importante ; nous voulons parler de la question de savoir quelle date il faut assigner à la loi Junia.

Certains auteurs placent sa promulgation en 671. Ils se fondent sur le § 12 de la *Disputatio de Manumissionibus*, Dosithée nous dit : « *Lex Junia Latinorum genus introduxit* », et sur un fragment d'Ulpien qui nous apprend que l'esclave mineur de trente ans affranchi par la vindicte ne devient citoyen que *causa probata apud consilium*, ce qui semble bien indiquer que dans le cas contraire il devient Latin. « *Eadem lege cautum est*, dit le jurisconsulte, *ut minor triginta annorum servus vindicta manumissus civis romanus non fiat, nisi apud consilium causa probata fuerit. Testamento vero manumissum perinde haberi jubet atque si domini voluntate esset, ideoque Latinus fit* (l. § 12). » Cette loi *Elia Sentia*, qui, de l'aveu de tout le monde, date de 756, renvoyant pour ainsi dire à la

loi Junia en attribuant à un affranchi une qualité que la loi Junia avait imposée à une autre classe d'affranchis, il en résulte, dit-on, qu'elle est forcément postérieure à cette dernière. On tire une nouvelle preuve de l'antériorité de la loi Junia sur la loi *Ælia Sentia* des § 29 et 31 du Livre I des Commentaires de Gaius. Le jurisconsulte nous apprend que la loi *Ælia Sentia* avait organisé au profit des affranchis auxquels elle attribuait la condition de Latins Juniens, c'est-à-dire aux esclaves affranchis avant d'avoir atteint l'âge de trente ans, un moyen d'arriver à la cité romaine, lequel tirait son origine de la préoccupation dominante à cette époque d'augmenter la population : il leur suffisait, après un mariage, soit avec une romaine, soit avec une Latine Coloniale, de se rendre devant le préteur et de déclarer en présence de sept témoins citoyens romains qu'ils s'étaient mariés *liberorum causa* et qu'il était né de leur union un enfant âgé aujourd'hui d'un an. C'était la *causæ probatio*, qui n'appartenait d'abord qu'aux Latins Juniens provenant des dispositions de la loi *Ælia Sentia* et dont le bénéfice ne fut étendu aux deux autres classes de Latins Juniens que par un sénatusconsulte rendu sous le consulat de Pégasus et de Pusio. C'est bien là une preuve que la loi Junia est antérieure à la loi *Ælia Sentia*, car, dans le cas contraire, ce n'est pas un sénatusconsulte qui aurait assimilé quant à la *causæ probatio* les Latins Juniens provenant de la loi *Ælia Sentia* et ceux provenant de la loi Junia ; c'est cette dernière loi qui eût fait cette extension elle-même. Et une fois admis que cette loi est antérieure à la loi *Ælia Sentia*, on ne peut la placer qu'en 671, année dans laquelle on

trouve comme consuls Cornelius Scipion et Caius ou Junius Norbanus.

De plus, on fait remarquer en faveur de cette date qu'il est rare qu'une loi prenne le nom des deux consuls sous lesquels elle a été votée, ce qui se présenterait pour la loi Junia, si elle était placée en 772, et que les dispositions de cette loi imbue d'une pensée toute démocratique, puisqu'elle reconnaît comme efficaces des affranchissements autrefois nuls, se trouvent bien davantage en harmonie, s'accordent bien plus avec les circonstances politiques de l'année 671 qu'avec les tendances de la politique de Tibère. En effet en 671 il y a lutte entre Sylla et le parti démocratique survivant à Marius, et il était naturel que ce parti s'appuyât contre l'ambition et la morgue aristocratique du dictateur sur tous ceux que le droit ancien déprimait, qu'il cherchât à lui résister et à l'abattre en leur accordant, sinon le droit de figurer dans les comices, au moins celui de servir dans les armées romaines. Enfin le même esprit ayant présidé à la rédaction de la loi Junia et à la concession du droit de cité à toute l'Italie après la guerre Sociale, il est logique de penser que ces deux mesures sont contemporaines.

Au contraire, d'autres auteurs pensent que la loi Junia est postérieure à la loi *Ælia Sentia*. La loi Junia frappe de certaines déchéances les affranchis Latins Juniens, pour les inciter à rendre à l'État les services qui seront récompensés par l'octroi du droit de cité, de même que la loi *Julia de maritandis ordinibus* en infligeait également aux *cælibes* et aux *orbi* pour les pousser au mariage. Les uns et les autres avaient la *testamenti factio*,

ils avaient le droit d'être institués, mais ils n'avaient pas le *jus capiendi*, à moins que les premiers ne fussent devenus citoyens et que les seconds ne se fussent mariés au moment de l'exigibilité du legs ou tout au moins dans les cent jours donnés pour faire adition, durant l'intervalle de la *cretio*. Or, dit-on, cette différence entre la capacité d'être institué, qui doit exister au moment de la confection du testament, et le droit de recueillir le bénéfice de la disposition, droit qui peut être acquis même après la mort du testateur, cette différence ne peut avoir paru pour la première fois dans la loi Junia; il est impossible qu'une disposition aussi importante ne résulte pas d'une loi spéciale et surtout d'une loi mûrement étudiée. Cette disposition n'a donc pu être introduite que par la loi Junia, dont l'élaboration fut si longue, donna lieu à tant de débats, que, présentée pour la première fois en 726 suivant les uns ou 736 suivant d'autres, elle n'aurait été votée suivant les premiers en 736 ou en 756 d'après les seconds (1); et par suite on ne peut faire remonter la loi Junia au-delà de l'une de ces deux dates.

Enfin si l'on n'adopte pas la date de 772, on est obligé de remonter jusqu'à l'année 671, ce qui est impossible, car nous savons qu'en 702 Clodius, candidat à la préture, fit la proposition d'accorder le droit de cité aux *servi in libertate*, et que Cicéron écrivait en 709 dans ses *Topiques* : « *Si neque censu, nec vindicta, nec testamento liber factus est, non est liber* », d'où il ressort clairement qu'à cette époque on ne connaissait pas encore de situation intermédiaire entre la liberté et l'esclavage.

1. Machelard. *Accroissement*, p. 43

La loi Junia ne peut donc pas remonter plus haut que l'année 709, et on ne peut que la placer dans l'année 772, sous le règne de Tibère, où nous trouvons deux consuls portant les noms de M. Junius Silanus et L. Norbanus Balbus (1).

Quant aux textes d'Ulpien et de Gaïus, sur lesquels se fondent les partisans du premier système pour affirmer l'antériorité de la loi Junia sur la loi *Ælia Sentia*, les auteurs, qui enseignent l'opinion que nous rapportons, les écartent ainsi : Gaïus et Ulpien, disent-ils, ne font pas l'historique de la législation : ils en exposent les résultats à l'époque où ils écrivent, et quand ils disent que les esclaves affranchis par une *manumissio non justa* deviennent Latins Juniens, ils ne font qu'exposer le droit actuel, et ils pouvaient parler ainsi puisque à ce moment, là la loi *Ælia Sentia* et la loi Junia, dont ils réunissent les effets juridiques, existaient déjà depuis plus de cinquante ans. « La loi *Ælia Sentia*, dit M. Ortolan (I, § 65, note 5), « portant quelques prohibitions nouvelles aux affranchis-
« sements empêcha dans certains cas que l'esclave affran-
« chi ne devînt citoyen (*non voluit manumissos cives ro-*
« *manos fieri*) (Gaïus I, § 18) ; elle l'assimila à celui qui
« vivait en liberté d'après la volonté de son maître (*pe-*
« *rinde haberi jubet, atque si domini voluntate in libertate*
« *esset*) (Ulp. I, § 12). Enfin la loi Junia vint, et dès lors
« cet esclave fut Latin Junien (*ideoque fit Latinus*) (ibid).
« Si Gaïus et Ulpien réunissent quelquefois ces conséquen-
« ces, c'est qu'ils écrivent postérieurement aux deux lois,

1. Révillout. *Oblig. en droit Egypt.*, Introd., p. 38, n. 1.

« à une époque où leurs dispositions étaient en vigueur
« et se réunissaient ».

D'ailleurs on ajoute que si la loi Junia avait précédé la loi *Ælia Sentia*, on ne s'expliquerait pas pourquoi, tous les *servi in libertate* étant déjà latinisés, Gaius aurait ajouté : « *Et quamvis latinum facere velit minor viginti annorum dominus, tamen nihilominus debet apud consilium causam probare et ita postea inter amicos manumittere* » (I, § 41). On ne verrait pas davantage pourquoi Dosithée aurait fait remarquer que la loi Junia respectait les prohibitions des lois restrictives et ne s'appliquait point aux esclaves dont le préteur ne protégeait point la liberté, puisque ces lois prohibitives, les lois *Ælia Sentia* et *Fufia Caninia*, lui seraient toutes deux postérieures.

On fait encore remarquer que si la loi *Ælia Sentia* a introduit la *causæ probatio* pour les esclaves affranchis avant leur trentième année, c'est la loi Junia elle-même et non un sénatusconsulte qui a étendu cette faveur à tous les Latins Juniens, ce qui prouve une fois de plus que cette loi est postérieure.

Nous ne pouvons nous rallier à aucune de ces deux opinions.

La première est inadmissible. Le consul qui était en fonction en 671 portait le nom de Caius Norbanus et pas celui de Junius Norbanus, et le passage des Topiques que nous venons de citer s'oppose absolument à ce que la loi Junia remonte plus haut qu'en 709 ; car il est tout-à-fait impossible que Cicéron, s'adressant à Trébatius, un des plus savants jurisconsultes de l'époque, ait pu dire qu'un Latin Junien n'était pas un homme libre, tout au

moins pendant sa vie, lorsque nous savons par Gaius que cet affranchi était aussi libre qu'un citoyen romain ingénu établi dans une colonie latine. « *Quia lex, dit le jurisconsulte, eos liberos perinde esse voluit atque si essent romani cives ingenui qui ex Urbe Roma in latinus colonias deducti Latini colonarii esse cœperunt* » (Gaius III, § 56). Une nouvelle preuve que la loi Junia ne peut dater de 671, c'est que Clodius, candidat à la préture, proposa en 702, d'accorder aux *servi in libertate* et la liberté et la cité.

Quant à la seconde, nous ne croyons pas devoir l'admettre davantage. Les auteurs qui la défendent passent en effet sous silence le texte de Dosithée. « *Lex Junia genus Latinorum introduxit* » (§ 12). De plus, Gaius nous confirme que c'est bien de cette loi que certains affranchis tiennent leur condition juridique (I, § 22, III, § 3), ainsi qu'Ulpien (I, § 10), et si ce dernier jurisconsulte attribue à la loi Junia l'introduction de la *causæ probatio* (III, § 3), il est contredit par Gaius (I, § 29 et 31), de telle sorte que l'on ne peut s'appuyer sur ce texte pour décider que la loi Junia est postérieure à la loi Ælia Sentia.

Ces derniers temps a été imaginé un nouveau système. M. Romanet du Caillaud, reproduisant en cela l'avis de Cujas, place la promulgation de la loi Junia sous le règne d'Auguste. Il croit cette loi antérieure à la loi Ælia Sentia, et ainsi il se trouve d'accord avec le passage de Dosithée ; mais il ne pense pas qu'on puisse la faire remonter au-delà de l'époque où écrivait Cicéron, le passage des Topiques étant formel, d'où il tire cette conclusion que la date de cette loi doit être placée entre l'an-

née 757 et l'année 709. Remarquant que la loi Junia Norbana est presque toujours appelée loi Junia, que les Institutes de Justinien sont un des rares textes où elle porte son deuxième nom de Norbana, qu'au contraire les lois qui sont l'œuvre de deux consuls sont toujours désignées dans les mêmes ouvrages par leur double nom, témoin la loi *Ælia Sentia*, qui a pour auteurs les consuls *Ælius* et *Sentius*, il en conclut que cette loi Junia a été portée par un seul consul du nom de Junius et qu'elle a été complétée par un autre portant le nom de Norbanus, lesquels ont été successivement consuls en même temps qu'Auguste, le premier en 728, le second l'année suivante.

Et voici les raisons données par l'auteur à l'appui de l'hypothèse qu'il émet.

Auguste avait reconnu les inconvénients de la situation bizarre des *servi in libertate*, de ces hommes libres en fait, esclaves en droit ; il avait vu que cette condition anormale facilitait singulièrement l'usurpation du droit de cité. Il regardait comme si important, de conserver le peuple romain pur de tout mélange de sang étranger ou servile, qu'il n'accorda le droit de cité que très parcimonieusement et qu'il détermina soigneusement le nombre, la condition et la différence de position des affranchis.

« *Magni* (1) *præterea*, nous dit l'historien de l'empereur, « *existimans sincerum atque ab omni colluvione peregrini ac* « *servilis sanguinis incorruptum servare populum, et civi-* « *tatem romanam parcissime dedit et manumittendi mo-* « *dum terminavit... Servos non contentus multis difficul-*

1. Suétone, *Auguste*, 40.

« *tatibus a libertate et multo pluribus a libertate justa re-*
« *movisse, cum et de numero et de conditione ac differentia*
« *eorum qui manumitterentur curiose cavisset, hæc quoque*
« *adjecit ne vinctus unquam tortusve quis ullo libertatis ge-*
« *nere civitatem adipisceretur* ». Qui ne voit que de ce texte
la seconde partie s'applique à la loi *Ælia Sentia* et la pre-
mière à la loi *Junia*, ainsi du reste qu'à la loi *Ælia Sentia*
et la loi *Fufia Caninia*, et qu'y a-t-il d'étonnant à ce que
Auguste ait édicté la loi *Junia*, lorsqu'il était animé d'in-
tentions telles que nous l'indique Suétone ?

De plus l'Empereur avait présenté en 726 ou 736 une
loi faisant la distinction de la *factio testamenti* et du *jus*
capiendi. Nous savons que ce projet de loi éprouva les
plus vives résistances et qu'il ne fut voté que dix ans
après, en 736 et même seulement en 756 suivant d'autres
auteurs (1). Il était tout naturel qu'avant d'appliquer ce
nouveau genre d'incapacité à des citoyens romains, qu'a-
vant de toucher en quoi que ce soit au testament, cette
institution pour laquelle les Romains avaient tant de
vénération, il était tout naturel qu'il essayât sa théorie
des lois caducaires sur des affranchis peu intéressants
et incapables d'être pères de famille. « Ainsi, dit M. Ro-
manet du Caillaud, habituaît-il le monde romain à la dis-
tinction entre la *factio testamenti* et le *jus capiendi*. »

Le règne d'Auguste est donc une époque à laquelle il
convient de référer la loi *Junia Norbana*, et M. Romanet
du Caillaud lui attribue la date de 728 et 729, sous le con-
sulat d'Auguste et Junius Silanus et d'Auguste et Norba-

1. Machelard, *Accroissement*, p. 43.

nus Flaccus, pour la seconde année ; et voici comment il explique que cette loi porte le nom de deux consuls en exercice dans des années différentes. Auguste était à Tarracone, d'où il dirigeait la guerre contre les Cantabres et les Astures ; mais toujours attentif, de près comme de loin, au gouvernement général de l'Empire, il dut écrire d'Espagne à son collègue de présenter à l'approbation du Sénat et au vote du peuple une loi sur les *servi in libertate tuitione prætoris*, loi qui prit le nom du seul consul qui l'avait présentée.

L'année suivante, à son retour d'Espagne, Auguste, qui, nous le savons par Dion Cassius (III, 21), dans la confection de ses lois ne se contentait pas de son propre sentiment, qui les soumettait à la délibération du peuple, pour que, dans le cas où quelques dispositions n'auraient pas convenu, il pût en étant instruit d'avance les corriger, Auguste crut devoir faire quelques modifications ou quelques additions à la loi qu'avait fait voter Junius Silanus, et il dut charger son collègue de l'année, Norbanus Flaccus, de présenter à l'agrément du peuple la loi Junia ainsi modifiée.

Et M. Accarias (1), qui s'est rallié à ce système dans la dernière édition de son *Précis de Droit Romain*, considère que cette conjecture est très plausible, « si l'on « remarque, dit-il, que la loi Junia paraît s'être occu-
« pée exclusivement des esclaves affranchis sans l'em-
« ploi d'un mode solennel (Dosit., de *Manumiss.*, § 8 et
« Ulp. I, § 10). La loi de 729 serait en effet venue viser

1. *Précis*. 4^e. Édit., n° 62, note 1.

« une autre hypothèse, celle des affranchissements faits
« par un maître qui n'a que la propriété bonitaire. »

Ces deux lois rendues sur le même objet furent confondues par l'usage, pour ne plus former qu'un seul tout complet, ou bien la seconde porta abrogation de la première tout en édictant ses prescriptions pour son compte, et cet ensemble de dispositions reçut le nom des deux consuls sous la magistrature desquels elles avaient été votées.

On peut objecter contre ce système qu'on ne trouve que peu d'exemples qu'une loi prenne le nom de deux consuls, et qu'il est encore bien plus rare qu'elle soit désignée par les noms de deux consuls en exercice dans des années différentes. Mais on peut répondre à cela que, sauf Justinien et Théophile qui disent *Lex Junia Norbana*, les textes appellent notre loi *Lex Junia* seulement, et que ce n'est que par la force de l'habitude qu'on a continué d'appeler du nom des deux lois qui les contenaient les dispositions qui avaient été fondues en une seule. Justinien et Théophile rapporteraient donc le nom vulgaire, le nom usuel de cet ensemble de dispositions, et non son titre légal.

Du reste si les exemples de lois portant le nom de deux consuls en exercice dans des années différentes sont rares, ce n'est pas à dire qu'ils soient introuvables. Voici comment s'exprime M. Labbé, qui adopte également l'opinion de M. Romanet du Caillaud. — « Nous avons un
« autre exemple, dit-il, analogue sinon identique de deux
« lois portées sur le même objet et confondues ensuite
« sous une dénomination unique dans laquelle sont réunis

« les noms de deux consuls qui n'ont pas été en fonction
« la même année. La loi *Julia de maritandis ordinibus*,
« votée en 736 ou 756, a été complétée par une loi *Papia*
« *Poppæa*, votée longtemps après, en 762. Ces deux lois
« ont été, par les jurisconsultes romains qui les ont com-
« mentées, très souvent fondues pour ainsi dire en une
« seule, sous le titre au singulier : *Lex Julia et Papia*. »

Ce système est certainement fort ingénieux, mais il est trop conjectural pour que nous puissions l'accepter. M. Romanet du Caillaud pense que la loi *Junia Norbana* constitue la réunion de deux lois portées en des années différentes et qu'elle a pris les noms des deux consuls qui en furent successivement les promoteurs. Mais quand bien même l'hypothèse de cet auteur serait exacte, quand bien même deux consuls auraient participé l'un après l'autre au vote de ces dispositions, s'en suivrait-il que cette loi eût dû prendre les noms des deux consuls, qu'elle eût pris le nom du nouveau et conservé celui de l'ancien? Ce serait inouï. De plus ce serait bien plutôt sous le nom de celui sous le consulat duquel elle a reçu sa forme définitive qu'elle devrait être connue que sous le nom du précédent. Faisons encore remarquer que, étant admis la réunion de deux lois distinctes en une seule par les compilateurs de Justinien, cette nouvelle loi eût dû être appelée loi *Junia et Norbana*, comme on dit loi *Julia et Papia*, loi *Julia et Titia*, loi *Julia et Plautia*, et non loi *Junia Norbana*.

Pour nous, nous croyons avec Schneider et M. Henry Monnier qu'il n'a jamais existé de loi *Norbana*. La loi qui nous occupe est toujours appelée loi *Junia* par tous les auteurs et jamais loi *Junia Norbana*, sauf par Théophile et

Justinien, et encore celui-ci, au paragraphe 4 du Chapitre VII du Livre III de ses Institutes, dit-il loi Junia, revient-il au langage des anciens. De même dans sa Constitution de *Latina libertate tollenda*, où il réunit toutes les dispositions relatives aux Latins Juniens, il désigne seulement sous le nom de loi Junia celle qui, au dire de Dosithee, *latinum genus introduxit*. Comment admettre que la loi Norbana eût été oubliée, si elle eût vraiment existé ? Sa place était cependant marquée dans la Constitution. Aussi, nous croyons à une erreur de la Commission chargée de rédiger les Institutes. Les compilateurs byzantins, en rapprochant des autres dispositions sur les affranchissements, lois Ælia Sentia et Fufia Caninia, la loi Junia, trouvèrent le nom de celle-ci trop bref. Un amour exagéré de la symétrie, dont ils ont donné une autre preuve au Titre XXI du Livre III en mentionnant le contrat *Literis* pour dire qu'il n'existait plus, les poussa à ajouter un deuxième nom à la loi Junia, pour qu'elle ne se présentât pas sous une forme disparate. « Ouvrant les Fascicles, dit M. Monnier, ils trouvèrent en l'an 19 un Norbanus qui fit aussitôt l'affaire. Voilà comment cette loi fut affublée d'un nom qui n'était pas le sien (1).

Nous plaçons donc le vote de la loi Junia en 729 : telle est la date à laquelle nous nous arrêtons. Nous ne nous dissimulons pas que notre opinion ne peut s'appuyer sur aucun texte et qu'on peut facilement retourner contre elle le reproche que nous faisons à celle de M. Romanet du

1. *Revue critique de légis. et de jurispr.*, Nouvelle série, 1887, tome XVI, p. 127.

Caillaud. Aussi peut-être vaudrait-il mieux reconnaître qu'en l'état actuel des textes dont nous disposons on ne peut pas donner de solution certaine, et dire avec M. Lemonnier que jusqu'à nouvel ordre « toute affirmation est « un peu téméraire et que s'il est facile, trop facile de « combattre les systèmes proposés, il est impossible d'en « trouver un dont on soit satisfait (1). »

1. Lemonnier, *Condition des affranchis*, p. 75.

CHAPITRE IV

CONDITION JURIDIQUE DES LATINS JUNIENS PENDANT LEUR VIE

Les affranchis citoyens romains n'étaient pas sur le même pied que les autres citoyens ; il y avait des différences profondes entre eux et les ingénus.

Sans parler du faisceau de ces droits que le patron avait sur l'affranchi et qui étaient désignés sous le nom de *jura patronatus* (droit à la tutelle et à la succession de l'affranchi, droit à un certain respect, *obsequium*), dont la sanction était si sévère qu'elle pouvait aller jusqu'à la perte de la liberté (1), l'infériorité des affranchis se manifestait non seulement au point de vue du droit public, mais encore au point de vue du droit privé.

Dans la sphère du droit public, les affranchis sont complètement privés du *jus honorum*, ils ne peuvent solliciter aucune magistrature et ils tombent sous le coup des dispositions de la loi Visellia s'ils cherchent à se faire passer pour ingénus (L. I, C. IX, 24). Le *jus suffragii* ne leur est accordé que d'une manière tout-à-fait illusoire (1) ; tous les affranchis sont en effet relégués dans les quatre tribus urbaines, de telle sorte qu'à eux tous ils n'ont que quatre voix dans les comices par tribus, tandis que les

1. L. 2, C. VI, 7.

2. Michel, du *Droit de cité romaine*, p. 313 et suivantes.

autres citoyens, se répartissant dans les tribus rurales, disposent de trente et un suffrages. Ce groupement remonte à Servius Tullius (1), et Tite-Live nous indique bien le but que l'on voulait atteindre, quand cette concentration ayant été modifiée fût rétablie par Fabius : « *Fabius, simul concordiae causa, simul ne humilissimorum in manu comitia essent omnem forensem turbam excretam in quator tribus coniecit, urbanasque appellavit* (2) ». Ils ne peuvent faire partie des armées romaines, mais on les admet à servir dans la flotte, dans les *vigiles*, c'est du moins ce qu'on peut induire du passage où Ulpien (3) nous apprend que cette faculté était accordée même aux Latins Juniens.

Au point de vue du droit privé, les affranchis n'ont pas le *connubium* avec les ingénus, et cette infériorité résista jusqu'à la loi Julia de *maritandis ordinibus*, qui, si elle permit le mariage entre ingénus et affranchis, n'en laissa pas moins subsister cette prohibition entre les affranchis et les sénateurs et leurs enfants. Enfin nous savons que pour les avantages qui étaient attachés au nombre des enfants, pour l'acquisition du *jus liberorum*, l'affranchi devait avoir un enfant de plus que l'ingénu (Inst. § 3. III. 3). Un signe extérieur distinguait l'ingénu de l'affranchi ; quand le droit de porter un anneau d'or ne fut plus l'apanage des seuls chevaliers, quand cette marque de distinction appartint à tous les ingénus, les affranchis ne participèrent point à ce privilège.

1. Demangeat, p. 173, I, 2^e édition.

2. Tite-Live, IX, ch. 46.

3. Ulpien, III, § 5.

C'est ainsi que se manifestait l'infériorité de l'affranchi ; mais il pouvait en être relevé au moyen de la concession par le prince soit du *jus aureorum annulorum*, soit de la *restitutio natalium*. L'effet produit par le premier de ces bénéfices était de faire considérer l'affranchi comme ingénu quant au droit public, de lui conférer l'aptitude aux honneurs ; mais il ne détruisait pas les droits du patron à la succession de l'affranchi pas plus que son droit à l'*obsequium*, il laissait subsister les *jura patronatus*, les obligations résultant des rapports d'affranchi à patron. L'effet de la *restitutio natalium* était plus complet, comme cette expression l'indique. L'affranchi qui l'obtenait était censé ingénu, il était réputé être né libre et l'avoir toujours été. Aussi les droits du patron étaient-ils éteints, et c'est pourquoi la *restitutio natalium* ne pouvait être accordée que du consentement du patron ou de ses enfants, tandis que le *jus aureorum annulorum* pouvait être obtenu sans que le patron eût été averti (1).

Si les affranchis citoyens présentaient dans leur situation de telles différences avec les ingénus, combien inférieure encore devait être la condition des Latins Juniens, de ces esclaves auxquels on n'avait pas voulu que la *manumissio* conférât la cité. Cette infériorité est indiquée par le nom qu'on leur attribua. La loi Junia les assimila aux *Latini colonarii*, et encore ne fût-ce pas d'une manière complète (Gaius, I, § 22).

Ces colonies latines étaient composées de volontaires

1. L. 5. D. XL. 10. L. 2. D. X. 2. Michel, *du Droit de cité Romaine*. p. 315.

qui renonçaient à leur patrie, de fils de famille désignés par leur père, de condamnés qui évitaient ainsi le paiement de leur amende (1).

Recherchons donc quelle était la condition juridique de ces Latins Juniens.

Au point de vue du droit public, les Latins Juniens ne jouissent d'aucun droit politique ; c'est ainsi qu'ils n'ont ni le *jus suffragii* ni le *jus honorum*, par conséquent ni le droit de vote ni celui d'éligibilité. Nous ne pensons pas qu'ils eussent pu user de la *provocatio ad populum*. Cette *provocatio ad populum* était une limitation aux pouvoirs des consuls, qui fut instituée dès leur création, *ne per omnia regiam potestatem sibi vindicarent* », nous dit Pomponius (2). On se souvenait encore des cruautés de Tarquin le Superbe, et on prit des mesures pour qu'elles ne pussent se renouveler. Aussi fut-il décidé que les consuls, excepté en temps de guerre et seulement comme chefs d'armée, ne pourraient porter aucune condamnation à mort *injussu populi*, et qu'il pourrait être appelé devant le peuple de toutes leurs décisions. C'était un droit qui appartenait à chaque citoyen. Plus tard les pouvoirs des consuls furent limités d'une manière plus effective. En 260 les plébéiens excités par les exactions des patriciens se retirèrent en armes sur l'Aventin. Cette sédition fut occasionnée par la vue d'un ancien centurion qui, ne pouvant payer sa dette, avait été *addictus* à son créan-

1. Cicéron, *pro Cæcina*, n° 33. *pro Domo*, n° 30. Gaius, I, § 131. Accarias. *Précis*, t. I, p. 125.

2. L. 2. § 16 D. I. 2

cier et qui, après être parvenu à s'échapper de la maison de ce dernier, parcourait les rues en montrant les plaies occasionnées par le poids des chaînes dont il avait été chargé et en criant vengeance. Elle finit par s'apaiser après de longs pourparlers et des négociations difficiles. Mais les plébéiens ne consentirent à quitter le mont Aventin que lorsqu'on leur eût fait la promesse que tous les débiteurs seraient libérés de leurs obligations et que les *nexi* seraient mis en liberté immédiate. De plus ils exigèrent l'institution de deux magistrats qui devaient être choisis parmi les plébéiens par les tribus depuis la loi Publilia (283), et qui devaient porter le nom de *tribuni plebis*. Ils avaient pour mission de donner protection contre les actes de violence et d'injustice et ce recours se manifestait par le veto, appelé *intercessio*, qu'ils pouvaient apporter aux actes des consuls, des autres magistrats et même jusqu'aux décisions du sénat (1). Le droit de recourir à cette *intercessio*, à ce *tribunitium auxilium*, appartenait à chaque citoyen ; chacun d'eux pouvait mettre en jeu cette *intercessio*. Les différents droits dont nous venons de parler faisaient partie sous le nom de *jura privata* du *jus civitatis* ; aussi ne croyons-nous pas qu'ils appartenissent aux Latins Juniens, quoiqu'ils eussent surtout pour effet de protéger la liberté individuelle : car si les Latins Juniens étaient libres, ils n'avaient pas le droit de cité. De même ils étaient privés du *jus militiæ*, c'est-à-dire du droit de faire partie des armées romaines, mais nous savons qu'une loi Visellia les admettait à servir dans les *vigiles* (Ulp., III, § 5).

1. Ortolan. *Histoire et Généralisation*, p. 94, L. 2. § 20. D. I. 2.

Au point de vue du droit privé, le Latin Junien n'a pas le *connubium*, à moins qu'il ne lui ait été accordé par une concession spéciale. « *Connubium habent cives Romani*, » nous dit Ulpien, *cum civibus romanis; cum Latinis et peregrinis, ita si concessum sit* » (Ulp., V, § 4). Par conséquent il est incapable d'avoir ni la *manus* ni la *patria potestas*, car cette puissance sur la femme et les enfants ne peut provenir que des justes noces (1) et est l'apanage spécial des citoyens. De même ce lien de parenté, appelé agnation, fondé non sur le sang, mais sur l'organisation civile de la famille romaine, ne peut appartenir au Latin Junien, puisque ces rapports d'agnation n'existent qu'entre personnes soumises à la puissance paternelle ou maritale du même *paterfamilias* et que nous venons de dire que ces deux puissances ne peuvent être acquises par le Latin Junien. Du principe que le Latin Junien n'avait pas le *connubium*, il résultait que l'enfant né d'un citoyen et d'une Latine naissait Latin, par application de la règle : *Connubio interveniente liberi semper patrem sequuntur; non interveniente connubio, matris conditioni accedunt* (Ulp., V, § 8). Quant à l'enfant né d'une citoyenne romaine et d'un Latin Junien, il aurait fallu le déclarer Latin, conformément aux dispositions de la loi Mensia qui décidait qu'au cas où le *connubium* n'existerait pas, l'enfant suivrait la condition de celui de ses auteurs qui serait de la plus basse extraction ; et il est certain, le texte d'Ulpien en fait foi, qu'il en aurait été ainsi à l'égard de l'en-

1. Nous ne parlons que des enfants nés du mariage ; nous ne visons pas l'hypothèse de l'acquisition de la puissance paternelle par l'adrogation ou l'adoption. V^o Accarias, I, n^o 102.

fant né d'une citoyenne romaine et d'un pérégrin ; mais dans l'hypothèse qui nous occupe, les lacunes qui existent dans les Commentaires de Gaius (I, § 79) ne permettent pas de donner une solution certaine ; on ne peut pas affirmer que cette loi Mensia ne s'appliquât pas à une certaine époque à l'enfant né d'une citoyenne et d'un affranchi Latin. Cependant M. Demangeat (1) pense que les dispositions de cette loi ne visaient que les *Latini veteres* et non les *Latini colonarii*, et il tire cette conclusion de la comparaison des paragraphes 79 et 80 de Gaius. Dans le premier, le jurisconsulte comparerait plusieurs classes de Latins, et dans le fragment qui nous a été conservé, il dirait que cette loi Mensia ne s'appliquait qu'à certains d'entre eux : « *sed ad alios Latinos pertinet, qui proprios populos propriasque civitates habebant et erant peregrinorum numero* ». Quoi qu'il en soit, à partir d'Adrien, la question ne fait plus de doute. Un sénatus-consulte décida que la loi Mensia serait inapplicable à l'enfant né d'une citoyenne et d'un Latin Junien, que cet enfant serait toujours citoyen. « *Sed hoc jure utimur*, dit Gaius (I, § 80) *ex senatus-consulto, quo auctore divo Hadriano significatur, ut ex latino et cive romana civis romanus nascatur* (2). »

Mais si le Latin Junien ne jouissait ni du *connubium* ni de la *patria potestas*, il avait le *commercium* ; il avait le droit de figurer dans une mancipation soit comme acquéreur soit comme aliénateur ; il était donc capable d'arriver au *dominium ex jure Quiritium* et il pouvait user de la

1. Demangeat. *Droit romain*, I, p. 170.

2. Ulp., XIX, § 4.

revendication ; il avait ainsi, suivant l'expression de M. de Savigny (1), un demi-droit de cité. Mais ce *jus commercii* n'est pas aussi étendu pour lui que pour les citoyens. Au lieu de lui conférer la *factio testamenti* complète, avec ses conséquences actives et passives, avec le droit de tester et le droit de recueillir les dispositions faites à son profit, il ne lui laissait que la faculté de jouer un rôle passif dans le testament d'autrui ; il lui était seulement permis de remplir les fonctions de *libripens*, de *familiæ emptor* ou de témoin (Ulp., XX, § 8). La loi Junia lui interdisait de faire son propre testament et le motif de cette prohibition nous est indiqué par Gaïus (2). Les Latins Juniens étaient des esclaves qui n'avaient pas été affranchis par un mode solennel, pour lesquels dans l'ancien droit l'affranchissement était considéré comme non avenu, et qui plus tard n'avaient été maintenus en liberté que *tutitione prætoris*, tout en conservant leur condition légale d'esclaves. Il résultait de cette situation que tout ce qu'ils acquéraient appartenait à leur maître, qui venait le recueillir à leur mort comme il l'aurait fait pour le pécule d'un esclave resté sous sa puissance. La loi Junia, quand elle vint consacrer cette liberté accordée *inter amicos*, quand elle réunit le fait et le droit, ne crut pas devoir faire préjudice aux droits du maître, elle n'osa pas le dépouiller du droit qu'il avait comme *dominus* ; elle considéra que c'était assez de reconnaître à ces hommes, jadis esclaves, une liberté légale. Aussi maintint-elle l'an-

1. De Savigny, II, p. 40.

2. Gaïus, III, § 56.

cien état de choses ; tout en accordant le *jus commercii* à ces affranchis, elle leur dénia formellement le droit de disposer de leurs biens par testament, de telle sorte qu'ils ne pussent en priver leur patron, « *necessarium existimavit ne beneficium istis datum in injuriam patronorum converteretur...* » (Gaius, III, § 56. Ulp., XX, § 14).

La loi Junia retira donc complètement aux Latins Juniens la *testamenti factio activa*. Quant à la *factio testamenti passiva*, quant à cette autre conséquence du *jus commercii*, elle la laissa bien subsister à leur égard, mais pour ainsi dire dénuée d'effets pratiques. En effet, elle leur enleva le *jus capiendi directo*, ils pouvaient bien être institués héritiers ou légataires, mais il ne leur était permis de recueillir la disposition faite à leur profit que s'ils étaient devenus citoyens au moment du décès du testateur ou tout au moins dans le délai de la *cretio*, c'est-à-dire dans la période de cent jours accordée pour faire addition (1).

Pourquoi fit-on cette distinction entre la capacité d'être institué et la faculté de profiter de cette institution ? Le but que l'on voulait atteindre est bien connu. On voulait inciter les Latins Juniens à rendre à l'État les services qui étaient récompensés par l'octroi de la cité romaine, et on ne crut pouvoir y arriver plus directement qu'en ne leur permettant de recueillir les biens à eux laissés que s'ils étaient devenus citoyens. Ainsi poussés par leur propre intérêt, ils devaient être d'autant plus disposés à acquérir rapidement le droit de cité que l'in-

1. Ulp., XXII, § 3, XVII, § 1.

tervalle de la *cretio* était assez court. Du reste ce n'étaient pas les seules personnes qui fussent privées du *jus capiendi*, tout en jouissant néanmoins de la capacité d'être instituées. Il en était de même pour les *cœlibes* et les *orbi*.

Au sortir des guerres civiles, le mariage avait été abandonné ou changé en libertinage par des divorces fréquents, aussi avait-on pu dire avec juste titre que les dames romaines ne comptaient plus les années par les consuls, mais par le nombre de leurs maris; le célibat était en honneur. Cet abandon marqué pour le mariage et par suite la décroissance rapide de la population ingénue n'échappèrent point à Auguste. L'Empereur voulut pousser au mariage et punir le célibat; aussi décida-t-il par la loi *Julia de Maritandis ordinibus*, rendue en 736 ou 756, et la loi *Papia Poppæa*, portée en 762, que les *cœlibes* et les *orbi*, c'est-à-dire les personnes non mariées et celles qui, étant engagées dans les liens du mariage, n'ont pas au moins un enfant vivant ou bien conçu, ne pourraient pas recueillir les dispositions faites à leur profit, les premiers pour le tout, les seconds pour la moitié seulement, à moins qu'ils ne se fussent mariés ou qu'un enfant ne leur fût né dans les 100 jours du décès du testateur, si le legs est pur et simple, ou de l'arrivée de la condition, s'il est subordonné à quelque événement. Ils conservaient la *factio testamenti*, ce qui leur permettait d'être institués, mais ils ne pouvaient bénéficier de cette disposition que s'ils avaient rempli les conditions exigées par les lois *Julia* et *Papia Poppæa* au moment où le droit au legs se fixait sur leur tête, au moment du *dies ce-*

dens, suivant l'expression des jurisconsultes. Non content d'inciter au mariage en retirant le *jus capiendi* aux *cœlibes* et aux *orbi*, Auguste fit plus ; il institua pour ainsi dire des récompenses pour les personnes qui avaient des enfants, pour les *patres*, en leur attribuant les dispositions qui échappaient aux premiers.

Cette *factio testamenti passiva* séparée du *jus capiendi* présentait encore une grande importance, car elle permettait au Latin Junien d'être institué, ce qui n'aurait pas été possible s'il n'en eût pas joui : l'institution aurait été nulle dès le principe, et, quand même il serait devenu citoyen avant le décès du testateur, il n'aurait pas pu bénéficier du legs, tandis que, jouissant de la capacité d'être institué, l'institution était pleinement valable, et ce n'était que son effet, son résultat pratique qui était subordonné à l'accomplissement de quelque condition. Et quand on voit les facilités qui étaient accordées au Latin Junien pour l'acquisition de la cité romaine, on peut vraiment dire qu'il ne dépendait que de lui de recueillir les dispositions faites à son profit.

Les legs faits au profit des Latins Juniens et non recueillis par eux en raison de la prohibition de la loi Junia portaient le nom de *caduca*, ainsi que ceux qui éprouvaient le même sort comme étant faits au bénéfice de *cœlibes* ou d'*orbi*. Ils étaient attribués à ceux qui « *in eo testamento liberos habent* (1) » dans l'ordre suivant, en première ligne aux colégataires conjoints *re et verbis* et

1. Gaius, II, § 206

aux colégataires conjoints *verbis tantum* (1), ensuite aux héritiers *patres*, en troisième lieu aux légataires *patres*, quand bien même ils n'auraient été conjoints d'aucune manière, enfin, à défaut de toute personne ayant des enfants, au trésor public, à l'*ærarium*, lequel fut remplacé par le trésor impérial, *fiscum* (2), en vertu d'une Constitution de Caracalla. « Il est probable, dit M. Accarias, que
« la répartition est proportionnelle entre héritiers aux
« parts pour lesquelles ils ont été institués, et entre
« légataires à la valeur estimative des différents legs. »

Ces privilèges portaient le nom de *præmia patrum*. Ulpien (XIX, § 2) avait mis le *caducum* au nombre des cas d'acquisition du domaine romain *ex lege*; la propriété en appartenait de plein droit à la personne appelée par la loi, et de là l'expression *caducorum vindicatio* : l'acquisition s'opérait cent jours après le décès du testateur, elle entraînait soumission aux charges dont aurait été grevé le défaillant, mais elle pouvait être répudiée.

Lorsque les dispositions des lois Julia et Papia Poppœa furent abrogées par Constantin, (I. C. VIII. 58), lorsque les peines du célibat et de l'*orbitas* furent abolies, les

1. Ortolan, I, p. 593, n° 2. Accarias, I, p. 1081. Demangeat, I, p. 790. L. 89. D. *De legatis*, 3° XXXII.

2. Le passage dans lequel Ulpien nous apprend que *omnia caduca fisco vindicantur* ne peut avoir que cette signification sous peine de mettre le jurisconsulte en contradiction avec lui-même (XVII, § 2). Deux autres passages des *Regulæ* (XIX, § 17 et XXV, § 17) nous montrent en effet le privilège des *patres* comme étant encore en vigueur. — Accarias, *Précis*, I, p. 1012. Demangeat, I, p. 790.

Latins Juniens n'en restèrent pas moins privés du *jus capiendi*. La *caducorum vindictio* (1) continua de s'exercer sur les dispositions qui leur étaient laissées, et cet état de choses subsista jusqu'au moment où Justinien supprima leur condition.

Mais nous savons que par suite des privilèges accordés aux militaires en matière de testament, pour eux la souveraineté de leur volonté, tel était le principe, le Latin Junien pouvait *capere ex testamento militari* (Gaius, II, § 110 et 111). Les Empereurs voulaient s'attacher l'armée.

Du reste cette prohibition de la loi Junia put toujours être évitée; le testateur n'avait qu'à disposer au profit du Latin Junien, en la forme des fidéicommiss. Jusqu'à Auguste le fidéicommissaire n'avait pas d'action contre le fiduciaire pour le contraindre à lui transmettre la libéralité. On comprend par conséquent jusqu'à un certain point que le *jus capiendi* ne s'appliquât point à ces dispositions par personnes interposées, puisque le véritable gratifié n'était point celui qui paraissait l'être et que la transmission de l'institution n'avait d'autre garantie que la bonne foi de l'institué. Mais ce qu'on comprend moins, c'est que, sous le règne d'Auguste, quand le fidéicommissaire put contraindre le fiduciaire à lui restituer l'hérédité, la distinction entre la *factio testamenti* et le *jus capiendi* ne fût pas faite à l'égard de ces dispositions comme elle l'avait été pour les legs. Le Latin Junien put recueillir *ex fideicommisso*. « *Latini quoque*, nous dit Gaius, *qui*

1. Accarias, I, p. 4012.

« *hereditates legataque directo jure lege Junia capere prohibentur, ex fideicommisso capere possunt* » (I, § 24, II, § 275). Cette inconséquence n'existait pas pour les *cœlibes* et les *orbi*; nous savons en effet que, sous le règne de Vespasien, le Sénatusconsulte Pégasien assimila les fidéicommiss aux legs et décida que le *jus capiendi ex testamento* serait également nécessaire pour les recueillir (Gaius, II, § 286). Et ceci fournit à M. Accarias une nouvelle preuve de l'antériorité de la loi Junia sur la loi *Ælia Sentia*; il eût été en effet illogique, si la loi Junia eût été postérieure aux lois caducaires, qu'elle eût laissé subsister un moyen si commode de les transgresser. « Quand les fidéicommiss furent devenus obligatoires, dit M. Accarias, sous Auguste, rien n'empêcha un Latin d'en recueillir. Le testateur n'eut donc qu'à disposer dans cette forme pour rendre vaine la prohibition de la loi Junia Norbana. Il y a bien là une nouvelle raison que cette loi est antérieure à l'an 772; car son esprit étant que le Latin ne puisse recueillir en tant que Latin, si elle n'eût été rendue que sous Tibère, il est fort probable que, créant cette incapacité, elle n'aurait pas laissé subsister un moyen indirect de l'é luder à volonté. »

Cette anomalie n'existait pas pour les donations à cause de mort. Le Latin Junien ne pouvait les recueillir que s'il était devenu citoyen à la mort du donateur ou dans les cent jours de son décès. Nous ne connaissons pas la date de cette innovation; Paul nous apprend seulement qu'elle résulta d'une décision du Sénat : « *Senatus censuit, placere mortis causa donationes factas in eos quos lex*

« *prohibet capere, in eadem causa haberi in qua essent
« quæ testamento his legata essent quibus capere per legem
« non liceret* » (L. 35. D. *De mortis causa Donat.*), et Africain
donne cette règle que, pour savoir si une personne peut
recueillir une donation à cause de mort, il faut se placer
au moment du décès : « *In mortis causa donationibus,*
dit-il, *non tempus donationis, sed mortis intueudum est,*
an quis capere possit ». (L. 22, *Eod. Titul.*) Aussi pen-
sons-nous que, pourvu que le donataire ait eu la *factio*
testamenti passiva au jour du décès du donateur et en
même temps le *jus capiendi* ou qu'il eût acquis ce der-
nier droit dans les cent jours de la mort du donateur, il
était parfaitement capable de recueillir la donation. Il
n'était pas nécessaire que la *factio testamenti* lui appar-
tînt au jour de la donation, et c'est assez naturel, puisque
c'est seulement au jour du décès que l'on saura si cette
donation existe réellement. Le décès du donateur est pour
ainsi dire l'événement qui la constitue, qui lui donne
naissance, tout ce qui s'est passé jusqu'à cette époque ne
faisant que la préparer.

Le paragraphe 259 des Fragments du Vatican nous
indique la nécessité du *jus capiendi* pour recueillir la do-
nation à cause de mort. Paul ou Papinien, on ne s'accorde
pas sur le point de savoir auquel de ces deux juriscen-
sultes il faut attribuer ce texte, nous rapporte cette cu-
rieuse hypothèse. Une femme avait fait sans le consen-
tement de son tuteur une donation comprenant un fonds
provincial garni des instruments nécessaires à son ex-
ploitation, des esclaves et des troupeaux, par conséquent
des choses *nec Mancipi* et des choses *Mancipi*. Le trans-

fert de la propriété avait donc eu lieu pour le fonds provincial, et sous l'empire de la loi Cincia la femme n'aurait pas pu le revendiquer. Quant aux choses mobilières *nec mancipi* la donatrice aurait bien pu rentrer en possession au moyen de l'interdit Utrubi, mais à condition que dans l'année sa possession eût été plus longue que celle du donataire. Cette condition n'existait pas en l'espèce, puisque le texte nous apprend que la donation était parfaite par rapport au fonds provincial et aux choses *nec mancipi*, de telle sorte que quant à ces deux objets la femme ne pouvait nullement critiquer la donation.

Il en était autrement pour les *res mancipi*. La propriété n'avait pas été transférée, puisqu'il n'y avait pas eu mancipation ; mais le donataire, ayant été mis en possession, avait été mis *in causa usucapiendi*, car la femme, même *sine auctoritate tutoris*, pouvait transmettre la possession *ad usucapionem*, à moins qu'elle ne fût sous la tutelle de ses agnats (Gaius, II, § 47), restriction qui n'existait même plus depuis la suppression par la loi Claudia de la tutelle des femmes (Gaius, I, § 171). Tant que l'usucapion n'était pas accomplie, la donatrice pouvait faire tomber cette donation ; elle n'avait qu'à intenter l'action en revendication et à l'exception *rei donatæ et traditæ* à elle opposée par le donataire répondre par la réplique de la loi Cincia. Mais cette réplique de la loi Cincia cesse par la mort du donateur, lorsqu'il est décédé persistant dans son intention de donner ; la donation devient parfaite, inattaquable, et les héritiers du donateur qui voudraient la méconnaître, seraient repoussés par une duplique de dol.

La donation avait été faite à un Latin Junien, et la donatrice était morte persistant dans son intention libérale. Ses héritiers cherchèrent à faire tomber la donation ; ils ne se placèrent pas sur le terrain de l'action en revendication, car ils savaient qu'à l'exception *rei donatæ et traditæ* du donataire ils ne pourraient répondre par la réplique de la loi Cincia, cette réplique n'existant pas à leur profit puisqu'elle s'était éteinte à la mort de leur auteur ; *morte Cincia removetur*, dit le texte. Mais voici quelle fut leur argumentation. Tant que vivait la donatrice, la donation n'était pas parfaite ; la loi Cincia lui donnait le moyen de la faire tomber ; ce n'est que par sa mort qu'elle est devenue irrévocable, par suite de la disparition de l'exception *legis Cinciæ*. Or, les donations qui ne deviennent irrévocables que par le décès du donateur sont des donations à cause de mort, elles sont assimilées à des dispositions testamentaires, et pour les recueillir il faut jouir du *jus capiendi*. Mais comme cette donation est adressée à un Latin Junien et qu'il est privé de ce *jus capiendi*, il n'a pas le droit de conserver les objets donnés.

Le jurisconsulte décide que le Latin Junien pourra opposer la duplique de dol, parce que dans l'espèce il n'y a point donation à cause de mort ; on ne peut pas en effet appliquer à l'acte dont il s'agit la qualification de *mortis causa donatio*, en argumentant de cette circonstance que c'est la mort de la donatrice qui met le donataire à l'abri d'une revendication et qui rend ainsi la donation parfaite. L'irrévocabilité de la donation par le décès de la donatrice n'est ici qu'un accident, et cette irrévocabilité

se serait produite, même de son vivant, par l'accomplissement de l'usucapion. Une pareille opinion transformerait d'ailleurs toutes les donations entre-vifs en donations à cause de mort, car, sous l'empire de la loi Cincia, toutes les donations sur lesquelles le donateur a le moyen de revenir, ne deviennent parfaites et irrévocables que par son décès (1).

Ce texte nous indique donc bien que pour pouvoir recueillir une donation à cause de mort, il fallait avoir le *jus capiendi*, puisque c'est justement sur l'absence de ce droit en la personne du Latin Junien que se fondaient les héritiers de la donatrice pour réclamer la restitution des objets donnés.

Comme conséquence de la *testamenti factio*, le Latin Junien aurait dû avoir la capacité d'être nommé tuteur testamentaire. « *Testamento*, dit Ulpien (XI, § 16) *tutores dari possunt hi, cum quibus testamenti faciendi jus est* ». Mais le même jurisconsulte nous apprend que la loi Junia, qui lui avait mesuré si parcimonieusement les droits contenus dans la *factio testamenti*, lui dénia formellement cette capacité. « *Latinus quidem habet testamenti factionem, sed tamen tutor dari non potest, id enim lex Junia prohibet* (2) ». Cependant le paragraphe 193 des Fragments du Vatican nous avertit que le Latin peut se faire excuser de la tutelle comme un Romain. « *Exemplo civium Romanorum Latinos Junianos excusari oportet*. »

1. Machelard, *Accroissement*, p. 248, n. 2. Glasson, *Donations à cause de mort*, p. 46, n. 1.

2. Ulp., XI, § 16. Gaius, I, § 23.

C'est donc qu'il peut être tuteur. Recherchons donc dans quelle mesure il peut assumer ce *munus publicum*.

Nous avons vu qu'il ne peut pas être nommé tuteur par testament. Il ne s'agit pas davantage de la tutelle légitime ou de la tutelle fiduciaire, puisque nous savons qu'il ne peut pas avoir la puissance paternelle ; il ne peut pas non plus être question de la tutelle légitime des agnats, puisque le Latin Junien n'en a pas. Quant à la tutelle légitime du patron sur ses affranchis, il faut faire une distinction. De même que l'esclavage est l'image de la mort, de même l'affranchissement peut être comparé à la procréation, puisqu'il fait naître l'esclave à la liberté, de même l'on peut comparer à un père le *manumissor* dont il tient la vie civile. Et cette idée explique pourquoi le patron communique son nom, son *origo* à son affranchi, pourquoi le patron et sa famille remplacent les agnats pour ce dernier, puisqu'il ne peut avoir d'autre famille civile que celle qu'il se fait lui-même, savoir ses descendants. Mais il en résulte encore ce principe, que les *Institutes* font remonter à l'origine de Rome et que Denys d'Halycarnasse attribue à Servius Tullius, que l'affranchi prend la nationalité du *manumissor* (1).

L'affranchi du Latin Junien ne pourra donc être que Latin Junien, et rien de plus logique qu'une personne à qui le droit de cité a été refusé ne puisse le conférer. Par conséquent le Latin Junien *manumissor* sera tuteur de son affranchi s'il avait sur lui le *dominium ex jure Qui-*

1. *Institutes*, § 3. 1, 5. Denys d'Halycar., IV, 22 et 24. Dosithée, § 12. L. 6, § 3. D. L. 1. L. 13. D. XLVIII, 22.

ritium. Au contraire s'il ne l'avait qu'*in bonis*, ce sera la personne qui avait le *nudum dominium ex jure Quiritium* qui gèrera cette tutelle, conformément aux dispositions de la loi Junia qui nous ont été conservées par Gaïus et Ulpien. (I § 167-XI § 19). Dans ce cas il n'y a pas corrélation entre la charge de la tutelle et l'espérance d'acquérir les biens du Latin, la règle, *ubi emolumentum successionis ibi et onus tutelæ*, n'est pas observée, puisque c'est le propriétaire bonitaire qui recueille les biens, tandis que c'est au *nudus dominus* qu'incombe la charge de la tutelle; mais la décision donnée par le texte est conforme au principe que pour justement affranchir il faut avoir un droit complet sur l'esclave. Une tutelle pouvait aussi être déférée par le magistrat au Latin Junien, et ce cas devait se présenter surtout lorsqu'il était étroitement lié avec son pupille, par exemple, lorsqu'il s'agissait des enfants de son patron, comme le fait remarquer M. de Wangerow (1). Cette décision ne peut faire aucun doute en présence du paragraphe 193 des Fragments du Vatican. « *Exemplo civium romanorum Latinos Junianos excusari oportet* ». Mais nous savons d'autre part qu'il ne pouvait s'excuser de la tutelle des enfants de son patron : « *De libertis quoque, quamvis multa privilegia excusationum pretendunt, tamen a patroni sui liberorum tutela non exusantur* (2). »

1. *Ueber die Latini Juniani*, p. 127.

2. *Fragmenta Vaticana*, § 193 — L. 5. C. V. 52 — Les Empereurs décidèrent que sur ce point la concession du *jus aureorum annulorum* ne donnait aucun privilège. L. 14. D. XXVII. 1. § 2.

Pourquoi était-il incapable d'être appelé à une tutelle testamentaire, puisqu'on le reconnaissait susceptible de gérer une tutelle déférée par le magistrat, nous n'en savons rien, mais il est probable que cette décision provient du même esprit qui avait fait restreindre si considérablement sa capacité testamentaire. Le *jus capiendi* lui étant refusé, on ne crut pas devoir lui permettre d'être nommé tuteur testamentaire, peut-être, ce n'est qu'une supposition de notre part, sur le fondement de cette idée ancienne qu'une certaine tutelle, la tutelle légitime, était instituée bien plus au profit du tuteur que dans l'intérêt du pupille.

Nous n'avons pas besoin de faire remarquer que si l'esclave impubère, appartenant à un citoyen romain, est affranchi par un mode qui ne lui confère que la liberté latine, sa tutelle sera déférée suivant les mêmes règles que nous venons d'exposer relativement à l'esclave devenu Latin Junien, parce qu'il emprunte la condition de son maître.

Nous avons indiqué plus haut quelle condition acquerraient par leur naissance les enfants d'un Latin Junien ; mais avant que la loi Junia eût reconnu une liberté légale aux esclaves affranchis *inter amicos*, quelle pouvait bien être la situation des enfants nés de ces esclaves maintenus en liberté par la protection du préteur, de ces *servi in libertate tuitione prætoris* ? De l'esprit qui a présidé à la rédaction de la loi Junia, laquelle n'a fait que consacrer l'état de choses existant avant sa promulgation et transformer en liberté légale la liberté de fait dont jouissaient ces esclaves, peut-être serait-il permis de dire

qu'étant donné qu'après la mise en vigueur de cette loi les enfants nés de Latins Juniens naissaient libres, il devait en être de même auparavant, puisqu'elle n'avait innové en rien. Cette opinion nous paraît bien problématique, et tout au moins ces enfants n'auraient pas dû avoir la liberté légale, leurs parents n'en jouissant pas et par conséquent ne pouvant la leur transmettre. Aussi quoique nous ne puissions corroborer notre décision par aucun texte, croyons-nous plus conforme aux principes de dire que ces enfants naissaient esclaves et appartenaient au maître qui avait affranchi *non legitime*, de même que tout ce qu'acquéraient ces *servi in libertate*, ils l'acquéraient pour lui (1).

Nous n'avons pas besoin de dire que l'*obsequium* envers son patron résultait pour le Latin Junien de sa condition d'affranchi, de même que dans les affaires criminelles il pouvait être mis à la torture, excepté pour le contraindre à témoigner contre son patron (2), et que, dans les cas où la loi punit plus sévèrement les *humiles homines* que les *honesti homines*, il est naturellement classé parmi les premiers.

1. De Wangerow. *Ueber die Latini Juniani*, p. 2.

2. L. I, § 9, D. XLVIII, 18.

CHAPITRE V

DE LA DÉVOLUTION DES BIENS LAISSÉS PAR LES LATINS JUNIENS

Telle est la condition juridique du Latin Junien pendant sa vie ; mais comme nous avons vu que la loi Junia lui avait dénié le droit de faire un testament, il nous faut maintenant rechercher ce que deviennent les biens qu'il peut laisser à son décès. Mais auparavant examinons rapidement comment se faisait la dévolution de la fortune laissée par un affranchi citoyen ; nous jugerons ainsi mieux de la différence qui existait entre ces deux classes de personnes, car c'est au moment de leur mort qu'apparaissait au grand jour l'infériorité des Latins Juniens.

Sous l'empire de la loi des XII Tables, la succession *ab intestat* de l'affranchi citoyen est dévolue à ses héritiers siens en première ligne et ensuite à ceux qui lui tiennent lieu d'agnats, c'est-à-dire au patron et à ses enfants. Mais comme cet affranchi avait la *factio testamenti*, il pouvait dépouiller ses enfants et son patron en les exhérédant. A ce sujet nous devons remarquer que le patron recueillait toujours la succession de son affranchie, car d'une part elle ne pouvait avoir d'héritiers siens (1) et

1. Ulp., XXIX, § 2 et 3.

d'autre part, étant sous la tutelle de son patron à cause de son sexe, elle ne pouvait tester et dépouiller ce dernier sans son consentement. « *Cum enim hæc in patronorum legitima tutela essent, non aliter scilicet testamentum facere poterant quam patrono auctore* (1). »

Quand le préteur modifia les pouvoirs du testateur relativement à l'exhérédation des héritiers siens, quand il eut imaginé de corriger la rigueur du droit civil en accordant aux enfants émancipés ou donnés en adoption la possession de biens *unde liberi* ou *contra tabulas*, ces mêmes modifications furent applicables aux héritiers siens de l'affranchi citoyen. Rien n'était donc changé sous ce rapport au droit antérieur ; mais où le préteur innova complètement, ce fut à l'égard du patron. Considérant comme une iniquité qu'il pût être exclu de la succession de son affranchi par la volonté de ce dernier, ce qui résultait soit de son exhérédation, soit de l'acquisition d'un héritier sien par l'affranchi au moyen d'une adoption ou d'un mariage accompagné de la *manus*, il décida que, sauf dans le cas où il y aurait des héritiers siens nés de l'affranchi, soit d'après le droit civil, soit d'après le droit prétorien, le patron aurait droit à la moitié des biens, dont il se ferait mettre en possession par une *bonorum possessio contra tabulas* ou une *bonorum possessio ab intestat*, suivant que l'affranchi laisserait un testament ou serait mort *intestat*. Ces nouvelles dispositions n'étaient pas applicables à la patronne, pas plus qu'aux filles du patron. Leurs droits continuèrent d'être réglés par la loi des XII Tables.

1. Gaius, III, § 43.

La loi Papia Poppæa apporta à cet état de choses des modifications conformes à l'esprit qui avait présidé à sa rédaction et qui consistait à accorder plus ou moins de droits suivant le nombre des enfants.

Elle divise les affranchis en deux classes, suivant qu'ils laissent moins ou plus de cent mille sesterces. Dans le premier cas rien n'est changé au droit antérieur. Dans le second le patron n'est exclu que si l'affranchi laisse au moins trois enfants *naturales*, et il a droit à une part virile s'il n'y a qu'un ou deux enfants. Quant à ses filles la loi Papia Poppæa leur accorde les droits que le prêteur avait attribué au patron et à ses enfants mâles, c'est-à-dire la moitié de la succession, soit par la possession de biens *contra tabulas*, soit par la possession de biens *ab intestat*, mais à condition qu'elles eussent au moins trois enfants. Cette loi décide également que l'affranchie qui a eu quatre enfants est libérée de la tutelle légitime de son patron et qu'en conséquence elle peut tester sans son *auctoritas*, mais que néanmoins le patron a droit dans sa succession à une part virile calculée d'après le nombre des enfants survivants. Mais si cette affranchie mourait *intestata*, le patron recueillait toute sa succession, quel que fût le nombre des enfants qu'elle laissât. La loi Papia Poppæa n'avait pas prévu ce cas, et cet état de chose subsista jusqu'au sénatusconsulte Orphitien (1), rendu sous Marc-Aurèle, qui décida que les enfants de la défunte seraient appelés avant le patron et que celui-ci ne recueillerait la succession que *repudiante filio* (2).

1. Ulpien, XXVI, § 7.

2. Loi 1, § 9, *in fine*, XXXVIII, 17, D.

Le droit du patron était énergiquement sanctionné. Les aliénations par lesquelles l'affranchi faisait descendre son patrimoine au-dessous de cent mille sesterces étaient nulles de plein droit ; quant à celles qui ne tendaient qu'à diminuer l'importance de la part du patron, elles pouvaient être attaquées par les actions Faviana ou Calvisiana (1).

On le voit donc, les affranchis citoyens laissaient une véritable succession.

Il en était tout autrement des Latins Juniens. N'ayant pas le droit de faire de testament, ils ne pouvaient pas non plus laisser d'hérédité légitime, puisqu'il n'avaient ni enfants en puissance, ni agnats, ni *gentiles*. Du reste la loi Junia, qui avait reconnu une liberté légale aux *servi in libertate*, n'avait pas cru devoir traiter plus mal le patron d'un Latin Junien que le patron d'un affranchi citoyen ; le patron d'un Latin Junien n'aurait pas pu en effet lui succéder légitimement, car sa succession se fonde sur une agnation feinte. Elle considéra comme illogique que le premier de ces affranchis, auquel on n'accordait pas le droit de cité, fût plus libre au point de vue de sa fortune dans ses rapports avec son patron que le second, devenu citoyen romain par son affranchissement, ce qui aurait été une conséquence de l'assimilation des Latins Juniens aux Latins coloniaux, car nous savons que ces derniers jouissaient du *commercium* et par suite de la *factio testamenti* complète. Aussi décida-t-elle qu'à l'égard de tels affranchis le droit antérieur subsisterait, qu'à

1. Loi 16, *pro.*, D XXXVII, 14. Accarias, II, p. 38, n° 1.

leur mort leur affranchissement serait considéré comme non avenu et que par suite leur patron recueillerait leurs biens de la même manière qu'il le faisait lorsqu'ils n'étaient encore que *servi in libertate*, c'est-à-dire comme le pécule d'un esclave. « *Itaque jure quodammodo peculii bona Latinorum ad eorum manumissores pertinent, licet ut liberi vitam suam peragebant, attamen ipso ultimo spiritu simul animam atque libertatem amittebant, et quasi servorum, ita bona eorum, jure quodammodo peculii, ex lege Junia manumissores detinebant* » (1).

C'était donc comme si le patron recouvrait son droit de propriété sur son affranchi, et cette fiction était poussée si loin que, même pendant la vie du Latin Junien, le patron pouvait déjà par avance disposer à son gré des biens qu'il laisserait à sa mort. Une lettre de Pline le Jeune ne laisse aucun doute à cet égard : « *Valerius Paulinus*, dit-il, *excepto uno, jus Latinorum suorum mihi reliquit* » (2).

Et du principe que c'est *jure peculii* que le patron prend les biens du Latin Junien, il résulte de grandes différences entre eux et ceux de l'affranchi citoyen auquel succède le patron, Gaïus nous en avertit lui-même. « *Unde evenit ut multum differant ea jura quæ in bonis Latinorum ex lege Junia constituta sunt, ab his quæ in hereditate civium romanorum libertorum observantur* (III, § 57). »

La succession de l'affranchi citoyen romain ne passe pas à l'héritier *extraneus*; ce sont les fils du patron ou

1. Gaïus, III, § 56. Instit. Just., III, 7, § 4. Dosith., § 5.

2. Pline le Jeune. Livre X, Epître 105.

ses petits-fils *ex filio* qui y ont droit, même lorsqu'ils sont exhérédés. Au contraire les biens du Latin font partie de la fortune du patron, *tanquam peculia servorum*, et appartiennent à celui à qui elle est transmise, fût-il *heres extraneus* (1).

Quand deux personnes sont copropriétaires d'un esclave et qu'elles l'affranchissent par un mode qui lui confère la cité, elles lui succèdent par portions viriles, lors même qu'elles n'auraient pas dans la propriété une quote-part égale. Au contraire, si l'esclave ne devient que Latin Junien, ses biens se partagent entre ses patrons dans la proportion de la quote-part de propriété de chacun (2).

Dans la succession de l'affranchi citoyen la personne qui a les *jura patronatus* la plus proche en degré exclut le plus éloigné. C'est ainsi que si l'affranchi a deux patrons, l'un vivant et l'autre décédé, mais laissant un fils, ce dernier sera exclu par le patron survivant, parce que cette succession est réglée sur le modèle de celle des agnats et que celle-ci n'admet pas la représentation. *Nepotes non admittentur quamdiu filius esset, quia proximum quemque ad hereditatem liberti vocari manifestum est* », nous dit Julien (3). Au contraire les biens du Latin Junien se répartissent entre le patron survivant et l'héritier du patron décédé suivant la part indivise de chacun d'eux (4).

Si des deux patrons l'un laisse trois fils, l'autre seule-

1. Gaius, III, § 58.

2. Gaius, III, § 59.

3. L. 23. § 1. D. XXXVIII, 2

4. Gaius, III, § 60.

ment un, la succession de l'affranchi citoyen se partage par tête. Au contraire les biens du Latin Junien se divisent dans la proportion indiquée plus haut (1).

La part du patron défailant dans la succession de l'affranchi citoyen accroît à l'autre patron, qui recueille ainsi toute la succession. Au contraire cette même part, si l'affranchi est Latin Junien, appartient au peuple (2).

Toutes ces différences proviennent de ce que dans le premier cas il y avait un véritable droit de succession, tandis que dans le second les biens faisaient retour *jure peculii*, rentraient dans le patrimoine du patron d'où ils n'étaient censés sortis que temporairement.

Il y en a une autre bien importante ; c'est que le patron du Latin Junien, après la mort de celui-ci, n'est tenu des dettes par lui contractées que par l'action *de peculio* et par suite ne peut être poursuivi que pendant l'année utile et condamné seulement jusqu'à concurrence du pécule, et sur cette valeur le patron prime pour les créances appartenant à lui et aux personnes sous sa puissance les autres créanciers de l'affranchi. Ayant la propriété et la possession du pécule, il est censé s'être payé le premier (L. 9, § 4. D. XV, 1).

Cet état de choses fut modifié par le sénatusconsulte Largien, rendu en l'an 42 de l'ère chrétienne, sous le règne de Claude. Ce sénatusconsulte décida, contrairement à la première des différences que nous avons énumérées entre la succession du patron à un affranchi ci-

1. Gaïus, III, § 61.

2. Gaïus, III, § 62.

toyen et le droit de pécule du patron d'un Latin Junien, que les biens de ce dernier seraient attribués d'abord au patron, en seconde ligne à ses descendants non exhérédés nominativement d'après la proximité du degré, ce qui comprenait les filles et les petits enfants exhérédés *inter cæteros*, les descendants qui avaient usé du *jus abstinendi* et les émancipés qui, omis, n'avaient pas demandé la *bonorum possessio contra tabulas*. Ce n'était qu'à leur défaut qu'étaient appelés les héritiers externes (Gaius, II, § 63).

C'était donc une sorte d'hérédité qui était créée sur les biens du Latin Junien au profit des enfants du patron et dont ils n'étaient exclus que par une exhérédation faite *nominatim*. Et cette disposition avait fait penser à Pegasus que ce sénatusconsulte avait assimilé les biens laissés par un Latin Junien à l'hérédité d'un affranchi citoyen. Gaius repousse cette doctrine comme *aperte falsa*, parce que, dit-il, l'hérédité d'un affranchi citoyen n'est jamais dévolue à un héritier externe du patron, tandis que les biens du Latin Junien lui appartiennent dès que les enfants du *manumissor* ne lui font plus obstacle, et qu'aucune exhérédation ne peut exclure les enfants du *manumissor* de la succession de l'affranchi citoyen, tandis que, d'après les termes mêmes du sénatusconsulte, ces enfants ne recueillent les biens du Latin Junien que s'ils n'ont pas été exhérédés nominativement. Et le jurisconsulte en conclut que le fils émancipé et passé sous silence est cependant préféré aux héritiers externes, quoiqu'il n'ait pas demandé la *bonorum possessio contra tabulas*. De même la fille et les petits enfants, qui pouvaient être exhérédés *inter cæteros*, sont encore préférés aux héritiers

externes à moins qu'ils n'aient été exhérodés *nominatim*. Enfin les enfants, héritiers siens du patron qui usent du *jus abstinendi*, n'en conservent pas moins le droit de réclamer les biens du Latin Junien (Gaius III, §§ 64, 65, 66, 67).

Ce n'était pas la seule controverse à laquelle ce sénatusconsulte avait donné naissance. Gaius nous en indique deux autres dans les paragraphes 70 et 71. Voici les deux hypothèses rapportées par ce jurisconsulte.

Le patron laisse comme héritiers un étranger et deux enfants institués pour des parts inégales. Cet héritier externe n'ayant aucun droit aux biens du Latin Junien, comment les enfants se les partageront-ils ? Cælius Sabinus voulait que ce fût *pro virilibus partibus*. Chaque enfant prenait une part virile du tout, *quia cum heres extraneus intervenit, non habet locum Junia, sed senatusconsultum*. Javolénus au contraire faisait une distinction ; quant à la portion de biens laissés par le Latin Junien à laquelle aurait eu droit l'héritier externe, si la loi Junia se fût appliquée, il reconnaissait qu'elle devait se partager *pro virilibus partibus* ; mais il repoussait l'opinion de Sabinus quant au reste des biens de l'affranchi, qui, d'après lui, devait se partager entre les enfants d'après leur part héréditaire. Nous ne connaissons pas l'opinion de Gaius sur cette question ; mais il nous semble que la doctrine de Javolénus est la plus exacte, car il n'y a que la part, à laquelle l'héritier externe aurait eu droit en vertu de la loi Junia, qui soit dévolue aux enfants d'après les dispositions du sénatusconsulte, et il est naturel que ce sénatusconsulte ne faisant pas de distinction entre eux, n'at-

tribuant pas à l'un une part plus grande qu'à l'autre, il est naturel, disons nous, que le partage se fasse par tête, *pro parte virili*. Mais il n'en est pas de même de la portion de ces biens qui revient aux enfants comme institués. Ce n'est pas la volonté de la loi qui la leur transmet, c'est la volonté du testateur, et celle-ci, il a pu la distribuer à son gré, il a pu en faire le partage dans la proportion qu'il lui convenait.

Le sénatusconsulte Largien est-il applicable aux descendants du patron par les filles et aux fils de la patronne, de telle sorte que le petit-fils du patron *ex filia* exclue l'héritier *extraneus* et que le fils de la patronne soit également préféré à l'héritier externe de sa mère, telle est la seconde controverse que nous rapporte Gaius. Cassius adoptait l'affirmative. Mais, d'après le témoignage de Gaius, son opinion était rejetée par la plupart des jurisconsultes, et c'était logique, car le Sénat, en exigeant, pour que les héritiers externes fussent préférés aux enfants, que ces derniers fussent exhérédés nominativement, manifestait clairement sa volonté de ne rien changer au droit antérieur en faveur des enfants qui sont dans une autre famille, de ceux dont l'exhérédation n'est exigée ni par le droit civil ni par l'édit du préteur, de ceux que le testateur a toujours été libre d'omettre.

Si l'affranchi acquérait la cité par l'un des nombreux modes que nous examinerons bientôt, les règles qui président à la succession des affranchis citoyens s'appliquaient à la dévolution de son patrimoine. C'était alors une véritable succession qu'il laissait. Il y avait cependant un cas où, malgré l'acquisition de la qualité de

citoyen, le Latin Junien était censé ne pas avoir changé de condition et où par suite son patron recueillait ses biens *jure peculii* : « *Aliquando civis romanus libertus tanquam Latinus moritur* », nous dit Gaïus (III, § 72). C'était quand il avait obtenu de l'empereur le *jus Quiritium invito vel ignorante patrono*. Avant le règne de Trajan, le résultat de cette concession était de faire perdre au *manumissor* l'héritage du Latin. Mais ce prince remédia à cette fraude ; il décida que pendant sa vie cet affranchi serait traité comme les autres citoyens, qu'il pourrait même avoir des *justi liberi*, c'est-à-dire des enfants soumis à sa *patria potestas*, mais qu'à sa mort il serait ramené fictivement à sa condition première, que ses enfants ne seraient pas des héritiers siens, quoique soumis à sa puissance, et que par suite le patron recueillerait ses biens comme il l'aurait fait pour tout autre Latin Junien.

Quant à la *factio testamenti*, dont jouissait cet affranchi comme tout citoyen, son exercice en était réglé de telle sorte qu'il pouvait seulement en faire usage pour instituer son patron ou pour lui substituer un autre héritier en cas de refus de sa part, *si heres esse noluerit*, nous dit Gaïus (III, § 72).

CHAPITRE VI

DES MOYENS POUR LE LATIN JUNIEN D'ACQUÉRIR LA CITÉ ROMAINE

Des explications que nous venons de donner il ressort que la condition des Latins Juniens, si elle était supérieure à celle des pérégrins, présentait des points d'infériorité relativement à celle des affranchis citoyens et même des Latins coloniaires. Et en effet si de plus que les premiers ils avaient le *commercium* et par suite la possibilité d'arriver au *dominium ex jure Quiritium*, ils ne jouissaient pas du *connubium* comme les seconds ; ils étaient même encore moins bien partagés que les Latins coloniaires, auxquels ils avaient été assimilés, puisqu'il ne leur était pas permis de tester.

Mais cette situation n'était pas irrévocable, elle était susceptible d'amélioration, et même à proprement parler elle n'était qu'une sorte de stage entre l'esclavage et les droits du citoyen, qu'un point de transition pour arriver à une condition meilleure. C'est cette espérance qui la rendait supportable et qui même faisait désirer de l'obtenir, d'autant mieux que la loi facilitait singulièrement l'accès du droit de cité. Ulpien nous indique huit modes par lesquels le Latin Junien pouvait acquérir le *jus Quiritium* (III, § 1). « *Latini jure Quiritium consequuntur his modis : beneficio principali, liberis, iteratione, militia, nave, ædifi-*

cio, pistrino; præterea ex senatusconsulto, vulgo quæ sit ter enixa. »

Nous n'avons pas besoin de faire remarquer que le Latin Junien, qui acquiert ainsi dans la hiérarchie sociale une position plus élevée, n'est pas assimilé à l'ingénu. Il est affranchi, il reste affranchi ; seulement au lieu de conserver sa condition précédente, mélange bizarre de liberté pendant la vie et d'esclavage au moment de la mort, il acquiert le droit de cité dans les limites où il est accordé à l'affranchi citoyen. L'effet pour lui de cette acquisition est l'assimilation à l'esclave libéré par une *manumissio legitima*, cens, vindicte, ou testament.

§ I

Le *beneficium principale* est la concession du droit de cité faite par l'Empereur. Qu'il eût ce pouvoir, rien d'étonnant, étant donné la toute puissance reconnue au chef de l'Etat; de plus, si l'esclave était devenu Latin, c'est parce qu'il n'avait pas été libéré de l'esclavage par une *manumissio justa*, c'est parce que le peuple n'avait pas pris part à son affranchissement, il était donc logique que l'Empereur, qui représentait le peuple dont il avait reçu ses pouvoirs, pût parfaire, pût compléter ce qui n'avait été qu'ébauché.

Le premier Empereur, au témoignage de Suétone, *parcissime civitatem dedit*. Ses successeurs usèrent plus largement de cette faculté et nous savons par Pline que la chancellerie impériale était encombrée de requêtes pour l'obtention du *jus Quiritium*. Ces suppliques de-

vaient être adressées aux affranchis des bureaux impériaux et devaient contenir les indications nécessaires pour éclairer le souverain sur la condition de l'affranchi, sur son âge et sa fortune (1).

Comme nous l'avons dit plus haut, cette concession faite *invito vel ignorante patrono* ne faisait pas perdre à ce dernier ses droits sur les biens laissés à sa mort par le Latin Junien. Un Édit rendu sous Trajan (Gaïus, III, § 72) avait réprimé la fraude du Latin Junien obtenant du prince le droit de cité sans le consentement de son patron et acquérant par suite le droit de l'écarter de sa succession en l'exhérédant, et il avait été décidé que cet affranchi ne pourrait faire usage de sa *testamenti factio* que pour instituer son patron ou lui substituer un autre héritier en cas de refus de sa part. Cet édit donna lieu à une singulière difficulté. On se demanda si le Latin Junien, qui avait obtenu le *jus Quiritium* sans le consentement de son *manumissor*, concession qui n'était pas opposable à ce dernier, pouvait renoncer à cette faveur dans le but d'acquérir un droit complet, opposable à tout le monde, en remplissant les conditions et formalités exigées par la loi *Ælia Sentia* et le Sénatusconsulte rendu sous Trajan pour l'acquisition du droit de cité au moyen de l'*anniculi probatio*.

L'affirmative, qui semble bien incontestable, puisqu'il remplit après coup les conditions nécessaires, ne fut cependant pas adoptée et depuis Trajan, probablement pour les punir de leur fraude, tous les affranchis qui se

1. Pline. Epîtres X, 4. 22, 105, 106.

trouvaient dans cette situation spéciale durent renoncer à l'espoir d'acquérir un droit de cité complet. Mais on finit par s'apercevoir que, pour garantir les droits du *manumissor*, on lésait les intérêts de l'affranchi, en ce sens que, bien qu'assimilé pendant toute sa vie à un citoyen romain, il devait toujours au moment de sa mort retomber dans son ancienne condition. C'est pourquoi il fut rendu sous le règne d'Adrien un sénatusconsulte qui décida que ceux qui auraient obtenu de l'Empereur cette espèce de droit de cité incomplet, pourraient le compléter en se conformant aux dispositions de la loi *Ælia Sentia* et du sénatusconsulte Pégasien.

Ce *beneficium* n'était pas seulement accordé aux Latins Juniens. Dans le but d'encourager les enrôlements, on l'accordait aussi aux militaires (1). La durée du service était de vingt-cinq ans, au bout desquels était délivré le brevet conférant le titre de citoyen romain et le *connubium*. Cette concession, qui à l'origine était personnelle, fut faite par la suite à tout un groupe d'individus. C'est ainsi qu'un brevet délivré en l'an 74 de notre ère par Vespasien accorda le droit de cité à six ailes de cavalerie et à douze cohortes : *Equitibus et peditibus qui militant in alis sex et cohortibus duodecim, quæ appellantur* (suivent les noms de ces corps), *qui quina et vicenna stipendia aut plura meruerunt, quorum nomina subscripta sunt, ipsis liberis posterisque eorum civitatem dedit, et connubium cum uxoribus, quas tunc habuissent, cum est civitas iis data,*

1. Bouché-Leclercq, *Manuel des Institutions romaines*, p. 312.

aut si qui cœlibes essent, cum iis quas postea duxissent duntaxat singuli singulos (1).

Ce diplôme est terminé par la note suivante : *Descriptum et recognitum ex tabula ænea quæ fixa est Roma in Capitolio intra euntibus ad sinistram in muro inter duos arcus*. Cette note nous apprend que le texte original restait à Rome et que c'était seulement une copie qui était emportée par les concessionnaires dans leur patrie. Cette table a été trouvée en Hongrie au printemps de l'année 1832.

Le brevet se nommait *diplomata* (2) *civitatis*, à ce que nous apprend Suétone.

§ II

Le second mode qu'Ulpien nous présente comme pouvant faire acquérir la cité à un Latin Junien est celui qu'il désigne sous le nom de *Liberis*. Sous cette expression le jurisconsulte devait comprendre la *causæ probatio ex Ælia Sentia*, ou *anniculi probatio* et la *causæ probatio ex senatusconsulto* ou *erroris causæ probatio*, puisque dans les deux cas ce qui donnait ouverture à l'acquisition du droit de cité c'était la naissance d'un enfant. Recherchons donc successivement quelles conditions étaient exigées pour chacun d'eux.

Gaius nous apprend que la source de la *causæ probatio*

1. *Corpus inscriptionum Latinarum*, III, p. 852.

2. Suétone, Néron, 12. Maintz, I, p. 11, n° 42.

se trouve dans la loi *Ælia Sentia*. Avant la découverte du manuscrit de Vérone, cette opinion n'était partagée par personne, car Ulpien nous dit que c'est la loi *Junia* qui institua cette manière d'acquérir la cité (III, § 3). Cependant l'affirmation d'Ulpien, si elle fut religieusement acceptée par Cujas, ne satisfait pas Pithou, son disciple, qui attribua la création de la *causæ probatio* à la loi *Julia* et *Papia Poppæa*, « *Quæ sententia*, dit Bethmann-Hollweg (1), « *tam speciosa et probabilis visa est, ut omnes fere recentiores antiqui juris interpretes eam temere seculi sint* ». Aujourd'hui il n'y a plus de doute en présence du manuscrit, et l'on est obligé d'admettre que le texte d'Ulpien a été faussé par suite d'une erreur du copiste, sous peine de le mettre en contradiction avec *Gaius*, et ce qui serait plus grave, avec lui-même, car les termes dont il se sert dans le § 4 du Livre VII, prouvent clairement qu'il attribue la *causæ probatio* à la loi *Ælia Sentia* (2).

Gaius nous apprend également dans quel cas et sous quelles conditions intervenait la *causæ probatio*. A l'origine, seul pouvait en user l'esclave, qui, affranchi avant d'avoir trente ans et par suite devenu Latin, avait épousé une Romaine, une Latine coloniaire, ou une Latine Junienne, c'est-à-dire une femme de condition supérieure ou égale à la sienne. Le mariage devait avoir été conclu devant sept témoins citoyens romains et pubères *liberorum querendorum causa*, c'est-à-dire entre personnes présumées capables d'avoir des enfants ensemble. Ainsi le mariage

1. *De causæ probatione*, p. 28.

2. Ulp., § 4, VII. *Quasi Latino ex lege Ælia Sentia*. Demangeat. *Droit romain*, I, p. 196, n. 2. Accarias, I, p. 151, n. 4.

entre un sexagénaire et une quinquagénaire n'eût produit aucun effet ; enfin il devait être né de cette union un enfant âgé d'un an à l'époque de la *causæ probatio*. Quand la preuve de ces différents faits avait été administrée devant le magistrat, le Latin acquérait pour lui, sa femme et son enfant le droit de cité, si ces derniers ne l'avaient pas ; nous faisons cette restriction, parce qu'un sénatus-consulte rendu sous Adrien avait décidé, contrairement aux dispositions de la loi Mensia, que l'enfant d'une citoyenne et d'un Latin naîtrait citoyen (Gaius, I, § 30). L'âge de l'enfant était calculé conformément à la règle prescrite par la loi 134 au Digeste, Livre I, titre XVI : « *Anniculus non statim ut natus est, sed trecentesimo sexagesimo quinto die dicitur, incipiente plane, non exacto die, quia annum civiliter, non ad momenta temporum, sed ad dies numeramus* ». L'enfant avait donc l'âge requis dès qu'il avait commencé son trois cent soixante-cinquième jour, le calcul se faisant *ex die ad diem* et non *a momento ad momentum*.

L'union exigée comme l'une des conditions de la *causæ probatio* devait-elle être un véritable mariage, un *matrimonium sine connubio* ou *non legitimum*, ou bien suffisait-il d'un *contubernium* ? Pour nous qui considérons la loi Junia comme antérieure à la loi Ælia Sentia, nous pensons qu'il s'agit d'un véritable mariage. L'expression *uxorem ducere* dont se servent Ulpien et Gaius nous semble l'indiquer. Au contraire si l'on croit à la priorité de la loi Ælia Sentia, il n'est pas admissible que cette loi ait parlé d'une union régulière, puisque ceux, qui *in libertate morabantur*, étaient légalement esclaves ; il ne pouvait

donc s'agir que d'un *contubernium*. Aussi M. de Wange-row (1) pense-t-il que jusqu'à la loi Junia il en a été ainsi et que c'est seulement à partir de l'époque où elle entra en vigueur qu'un véritable mariage fut nécessaire pour faire la *causæ probatio*. Du reste M. Accarias (2) fait remarquer que l'enfant issu *ex concubinato* n'eût pas suffi pour permettre cette *causæ probatio*, car la naissance de cet enfant n'est qu'un accident de cette union, elle n'en est pas le but.

Comme nous l'avons dit, la *causæ probatio* était faite à Rome devant le magistrat, et dans les provinces devant le président. Il n'était pas nécessaire que le Latin fût vivant à cette époque ; après sa mort sa veuve pouvait agir et dans ce cas elle acquérait la cité pour elle et son enfant (Gaius, I, § 32).

La *causæ probatio* fut instituée au profit des esclaves qui, affranchis avant l'âge de 30 ans, n'étaient pas devenus citoyens, conformément aux dispositions de la loi *Ælia Sentia*. Il est probable que ce qui donna naissance à cette institution, ce fut la différence existant entre l'affranchissement *vinclita* et l'affranchissement *testamento*. Dans le premier cas le maître pouvait conférer la cité à son esclave en faisant approuver la cause de l'affranchissement par le conseil ; il pouvait également lui faire acquérir la cité par l'*iteratio*, une fois qu'il aurait trente ans accomplis (3). Dans le second cas aucun de ces deux mo-

1. *Ueber die Latini Junani*, p. 170.

2. Accarias, I, p. 151, n. 2.

3. Demangeat, I, p. 195.

des n'était possible, la *causæ probatio apud consilium* ne pouvant évidemment s'appliquer qu'à des actes, entre vifs et l'*iteratio*, tout au moins dans une certaine opinion, étant devenu impossible par suite du décès du maître. Il en résultait que l'affranchi était condamné à rester toute sa vie dans sa situation, qu'il devait renoncer à tout espoir d'améliorer sa condition. Aussi pour éviter un résultat aussi fâcheux, on imagina des moyens pour l'acquisition de la cité plus à la portée des affranchis et pour lesquels la participation du maître ne fût pas nécessaire. Et comme, à l'époque d'Auguste, on voulait résister au penchant funeste vers le célibat qui se répandait dans tout l'empire, aussi bien chez les ingénus que chez les affranchis, comme on voulait prévenir cette fatale tendance auprès de ceux chez qui logiquement elle devait se produire le plus fréquemment, chez les affranchis, il fut décidé que les affranchis mineurs de trente ans n'acquerraient la cité qu'après s'être mariés et avoir donné naissance à un enfant. La loi *Ælia Sentia* concourait ainsi au même but que les loi *Julia* et *Papia Poppæa*.

Telles sont les raisons qui ont fait instituer la *causæ probatio* ; mais elle n'était pas exclusivement réservée aux esclaves mineurs de trente ans affranchis par testament ; elle était aussi applicable à ceux qui, quoique *vindicta manumissi*, n'étaient pas devenus citoyens *quod causa apud consilium probata non fuerit* ; car si elle n'était pas indispensable comme dans le premier cas, elle n'en présentait pas moins une grande utilité dans l'hypothèse ou par suite de la mort du maître l'*iteratio*, d'après certains auteurs, était devenue impossible.

Mais ce qu'il faut bien remarquer, c'est qu'à l'origine elle n'appartint qu'aux affranchis Latins provenant des dispositions de la loi *Ælia Sentia*, à ceux qui n'obtenaient pas la cité parce qu'ils étaient affranchis avant d'avoir atteint l'âge légal. Les Latins Juniens créés par la loi *Junia*, c'est-à-dire les esclaves affranchis par un mode non solennel et ceux affranchis par un maître qui les avait seulement *in bonis* sans le concours du *nudus dominus ex jure Quiritium*, n'y participaient pas; à leur égard l'*iteratio* (1) était absolument nécessaire pour leur faire acquérir le droit de cité. Ce ne fut que plus tard que le bénéfice de la *causæ probatio* leur fut étendu par le sénatusconsulte Pégasien. « *Hoc tamen jus adipiscendæ civitatis romanæ, etiamsi soli minores triginta annorum et Latini facti ex lege Ælia Sentia habuerunt, tamen postea ex senatusconsulto quod Pegaso et Pusione consulibus factum etiamsi majoribus triginta annorum manumissis Latinis factis concessum est* (2) », nous dit Gaïus, de telle sorte que depuis cette époque la *causæ probatio* fut accessible à tous les Latins Juniens.

Elle n'était applicable qu'aux Latins mâles, la femme Latine ne pouvait s'en prévaloir; ce qui le prouve, c'est que dans tous les passages où Gaïus et Ulpien traitent de ce mode d'acquisition de la cité, jamais ils ne parlent de la Latine Junienne qui aurait épousé un citoyen ou un Latin. Ils choisissent toujours comme exemple un Latin, qui se serait marié avec une citoyenne ou une Latine.

1. Nous ne faisons pas allusion bien entendu aux autres modes d'acquisition de la cité.

2. Gaïus, I, § 31. Ulp., III, § 4.

Un autre argument en faveur de notre opinion peut être tiré de la comparaison des paragraphes 69 et 70 du Commentaire I, où Gaius traite de l'*erroris causæ probatio*, et du paragraphe 66 où il parle de la *causæ probatio*. Le jurisconsulte accorde expressément le bénéfice de l'*erroris causæ probatio* à la citoyenne qui aurait épousé un pérégrin ou un Latin Junien le croyant citoyen, ce qui donne à penser qu'il ne veut pas faire participer la Latine Junienne aux avantages de la *causæ probatio*, puisque dans le paragraphe 66 il la passe complètement sous silence.

Quant aux effets de la *causæ probatio* nous pouvons les résumer ainsi. Le Latin acquiert la cité pour lui, sa femme et ses enfants, s'il ne l'ont déjà. Étant citoyen il acquiert la *patria potestas* et son union est transformée en *justæ nuptiæ*. On comprend que le Latin Junien acquière la *patria potestas* sur ses enfants nés depuis que la *causæ probatio* est faite, c'est une conséquence logique de ce qu'il est citoyen et de ce qu'ils sont issus *ex justis nuptiis* ; mais ne faut-il pas aller plus loin, ne faut-il pas faire produire à la *causæ probatio* un effet rétroactif et décider qu'elle fait acquérir la puissance paternelle même sur les enfants nés avant son accomplissement ? L'affirmative ne peut faire l'objet d'aucun doute en présence du texte formel de Gaius (1) : « *Simul ergo eum in potestate sua habere incipit* ». De plus il faut bien remarquer que dans tous les textes relatifs à l'*erroris causæ probatio* il est déclaré expressément que la puissance paternelle est acquise par

1. Gaius, I. § 66.

suite de l'accomplissement de cette formalité, (1). Quelle raison y aurait-il de ne pas faire produire le même effet à l'*anniculi probatio*, pourquoi admettre que celui qui s'est trompé pourrait retirer de l'*erroris causæ probatio* un avantage plus considérable que celui qu'il lui serait possible d'obtenir s'il n'était pas tombé dans l'erreur, surtout en présence de la décision de Gaius (I, § 69), d'après laquelle le Latin marié avec une pérégrine qu'il croit Latine ou romaine acquiert la puissance paternelle sur les enfants déjà nés. Pourquoi en serait-il autrement dans le cas où il a épousé une vraie romaine ou une vraie Latine. Ce serait une absurdité, dit M. de Wangerow (2).

L'acquisition de la puissance paternelle, la transformation de l'union en *justæ nuptiæ*, une augmentation de considération par l'octroi d'un titre encore recherché, telles sont les principales conséquences de la *causæ probatio*. Mais bien plus considérable encore était le bénéfice en ce qui concerne le patron, car le Latin devenu citoyen transmettait ses biens à ses enfants et avait la *factio testamenti*.

Disons en terminant que M. de Wangerow trouve une singulière analogie entre la *causæ probatio* et l'usucapion : « De même, dit-il, qu'une possession de plus d'une année convertit en fait la propriété bonitaire en propriété quiritaire, de même l'affranchi au moyen de cet enfant âgé de plus d'un an devait acquérir à la place de l'*in bonis* sur lui-même le *jus Quiritium* (3). »

1. Gaius, I, § 71.

2. Wangerow. *Ueber die Latini Junani*, p. 193.

3. *Ueber die Latini Junani*, p. 166, n. 2.

A la différence de la *causæ probatio*, l'*erroris causæ probatio* pouvait faire arriver à la cité romaine non seulement les affranchis Latins, mais encore les pérégrins ; c'est donc un mode d'acquisition de la cité beaucoup plus étendu.

Son origine, comme celle de la *causæ probatio*, était autrefois attribuée à la loi *Ælia Sentia*, sur la foi du passage d'Ulpien que nous avons déjà cité (VII, § 4). Depuis la découverte du manuscrit de Gaius, on a dû abandonner cette opinion devant les textes formels de ce jurisconsulte. L'*erroris causæ probatio* a été organisée par un sénatusconsulte, nous dit-il (I, § 67; II, § 42). Quant à l'époque où fut rendue cette décision du Sénat, nous n'avons pas de donnée certaine ; mais on peut induire du § 73, III de Gaius, et avec la plus grande vraisemblance, qu'elle est postérieure à la loi *Ælia Sentia* et antérieure au sénatusconsulte, rendu sous le règne d'Adrien, d'après lequel les affranchis ayant reçu du prince la concession du droit de cité *invito vel ignorante patrono* étaient autorisés à remplir les formalités exigées par la loi *Ælia Sentia*.

Comme l'*erroris causæ probatio* n'est pas exclusivement réservée aux Latins Juniens, nous n'examinerons que les hypothèses dans lesquelles il leur était permis d'y recourir.

Lorsqu'une Latine Junienne avait épousé un pérégrin qu'elle croyait Latin, ou quand un Latin Junien avait épousé une pérégrine la croyant Latine, ils étaient autorisés à faire la preuve de leur erreur après la naissance d'un enfant, *filio nato*, et par ce moyen ils acquéraient tous

trois la cité (1), à moins que le père ne fût déditice (2); dans ce cas le caractère ineffaçable de son infériorité l'empêchait de devenir citoyen et d'acquérir la puissance paternelle; mais ces deux résultats se produisaient sans difficulté, lorsque c'était la mère qui était déditice. Dès la naissance de l'enfant on pouvait procéder à l'*erroris causæ probatio*; il n'était pas nécessaire, contrairement à ce qui était exigé pour la *causæ probatio*, qu'il fût *anniculus*. Cela résulte de ce qui nous reste du § 73 de Gaïus où il semble faire la distinction de ces deux modes d'acquisition de la cité, et aussi de ce que dans tous les passages où il traite de l'*erroris causæ probatio* il ne mentionne jamais l'âge de l'enfant, ce qu'au contraire il a toujours le soin de faire dans ceux où il s'occupe de l'*anniculi probatio* (3). La présence des sept témoins n'était pas non plus exigée.

La même opération est possible et le même résultat obtenu dans l'hypothèse où le mariage a lieu entre un citoyen et une Latine qu'il croit romaine, ou entre une citoyenne et un Latin qu'elle croit citoyen (Gaïus, I, § 67-68).

Il en est de même pour le citoyen romain qui, se croyant Latin, a épousé une Latine ou réciproquement (Gaïus, I, § 71).

Tels sont les exemples qui nous sont fournis par Gaïus. Le jurisconsulte fait-il une énumération limitative ou ne

1. Gaïus, I, § 69-70.

2. Accarias, I, n° 114.

3. Gaïus, I, § 67-71. Ulp., VII, § 4.

donne-t-il au contraire les hypothèses qu'il cite que comme des conséquences, des applications d'un principe général? La réponse se trouve dans le paragraphe suivant : « *Et ideo superius retulimus quibusdam casibus per errorem non justo contracto matrimonio, senatum intervenire et emendare vitium matrimonii, eoque modo plerumque efficere ut in potestatem patris filius redigatur.* » Il nous semble que le jurisconsulte ne pouvait pas s'exprimer plus clairement, qu'il ne pouvait pas dire plus formellement qu'en dehors des hypothèses par lui précédemment citées il n'y avait pas lieu à l'*erroris causæ probatio* (Gaius, I, § 87).

Les effets de l'*erroris causæ probatio* sont les mêmes que ceux de la *causæ probatio*. Comme cette dernière, elle confère le droit de cité au conjoint qui n'a que la condition de Latin Junien et à l'enfant né de cette union. Elle transforme le mariage, qui jusque-là n'était considéré que comme un *matrimonium juris gentium*, en *justæ nuptiæ*. La puissance paternelle est acquise au père même sur l'enfant né avant l'accomplissement de l'*erroris causæ probatio* (Gaius, I, § 66). Enfin les enfants deviennent des *heredes sui*, tellement bien que le testament du père fait avant l'accomplissement de ces formalités est *ruptum*, que les enfants eussent été institués, exhéredés ou omis, comme cela se fût produit par l'agnation. « *Nam sive heres institutus esset a parente, dit Gaius, sive exheredatus, sive vivo patre causa probata, sive post mortem ejus, omnimodo quasi agnatione rumpebat testamentum* ». Mais cet état de choses ne subsista pas, et le jurisconsulte dans le paragraphe suivant nous apprend que,

ne scilicet facta testamenta rescinderentur, eo tempore quo renovari non possent, il fut modifié par un sénatusconsulte rendu sous le règne d'Adrien, en ce sens que la rupture du testament se produirait toujours, *si vivo patre causa probatur*, et seulement dans le cas où l'enfant aurait été omis, si *l'erroris causæ probatio* n'avait lieu qu'après la mort du père (Gaius, II, § 142-143).

§ III

Parmi les modes d'acquisition de la cité que nous cite Ulpien vient en troisième lieu l'*iteratio*. Recherchons donc en quoi elle consistait ; mais pour bien comprendre la nature de cette opération, il nous faut rapidement revenir sur l'idée de l'esclavage que nous avons donnée au début de cette étude.

L'esclavage fait d'un homme la propriété d'un autre ; l'affranchissement rend ce droit au véritable titulaire, à celui qui n'aurait jamais dû en être privé, l'affranchissement restitue à l'esclave la propriété de sa personne, il le rend libre. Si donc cette restitution est complète, si le maître ne conserve aucun vestige du droit de propriété qu'il avait sur l'esclave, cet esclave acquiert sur lui-même le *dominium ex jure Quiritium*, de même que l'acquéreur d'une chose *mancipi* à qui elle est transmise par la *mancipatio* ou l'*in jure cessio* acquiert sur elle ce même *dominium* ; il devient libre et en même temps citoyen. Si au contraire cet esclave n'obtient sur sa personne que

l'in bonis, il devient bien libre, mais seulement Latin ; la liberté lui est acquise, mais non ce droit supérieur qui est à la liberté ce qu'est le *dominium ex jure Quiritium* à *l'in bonis*. Son droit de propriété sur lui-même ne lui a pas été transmis complètement ; le maître en a retenu quelque chose, de même que le *tradens* d'une chose *mancipi* sans l'emploi des formalités solennelles nécessaires pour son aliénation conserve le *nudum dominium*. Mais il ne faudrait pas conclure du rapprochement que nous venons de faire que le patron n'a sur son esclave incomplètement affranchi que des droits aussi dénués d'intérêt pratique que ceux du *nudus dominus* ; ce serait une grave erreur. Nous avons vu en effet qu'il avait des *jura patronatus* fort importants.

Mais de même que l'*accipiens* d'une *res mancipi*, à lui transmise par simple tradition, peut transformer *l'in bonis* qu'il a sur elle en *dominium* par le moyen d'une *mancipatio* ou d'une *in jure cessio*, par un mode d'acquisition solennelle, de même le Latin Junien peut acquérir la propriété complète de sa personne par le renouvellement de l'affranchissement en forme solennelle. L'*iteratio* est donc un acte en forme solennelle qui est à la liberté Junienne ce qu'est la *mancipatio* à *l'in bonis*, l'acte par lequel Latin Junien acquiert un droit complet sur sa personne (1).

Or, nous avons vu dans quels cas l'esclave devenait Latin Junien ; nous savons que le maître qui avait seu-

1. Nous n'avons pas besoin de faire remarquer que les obligations de l'affranchi envers son patron, résultant de sa condition d'affranchi, n'en subsistaient pas moins.

lement l'*in bonis* sur lui ne pouvait pas en faire un citoyen ; c'était logique puisqu'il n'avait pas un droit complet sur l'esclave ; une partie, un vestige de la propriété résidait sur la tête du *nudus dominus*, donc rien d'étonnant à ce que la renonciation à son droit de la part du premier ne préjudiciât pas à celui de ce dernier, à ce que l'affranchissement ne transmît pas la cité à l'esclave, puisque le *nudum jus* pesait toujours sur sa tête. Mais si ce *nudus dominus* se dépouillait à son tour de son droit purement nominal (1) par une *manumissio* en forme solennelle, ce droit allait s'adjoindre à l'*in bonis* que l'affranchi avait déjà sur sa personne pour ne plus former qu'un tout complet, et désormais rien ne s'opposait plus à ce que le Latin devint citoyen. C'est ce second affranchissement, c'est cette *manumissio* complémentaire qui portait le nom d'*iteratio*. « *Iteratione*, nous dit Ulpien, (III, § 4) *fit civis romanus qui post latinitatem quam acceperat major triginta annorum, iterum juste manumissus est ab eo cujus ex jure Quiritium servus fuit* ». Ce texte peut être corroboré par le § 221 des Fragments du Vatican. Mais de ce que la cité était acquise au moyen de deux affranchissements successifs, émanant l'un de celui qui avait l'esclave *in bonis*, l'autre du *nudus dominus*, nous en concluons que le même résultat aurait pu être atteint par deux affranchissements concomittants et que par suite, si le propriétaire bonitaire eût affranchi avec le concours du *nudus dominus*, le *jus civitatis* aurait été

1. Nous n'entendons parler que du droit aux biens laissés par l'affranchi. Nous savons en effet que c'est le *nudus dominus* qui est tuteur du Latin Junien.

immédiatement acquis à l'affranchi. Le § 167 du Livre I des Commentaires de Gaius paraît décisif en ce sens.

Nous avons vu qu'à l'origine tous les affranchissements conféraient la liberté et la cité; car le peuple était consulté sur l'opportunité d'une mesure qui introduisait un nouveau membre dans le sein de la cité et devait donner son consentement à cette admission. Quand ce recours au peuple lui-même ne put plus être effectif, quand il y eut impossibilité matérielle d'obtenir son consentement, on fut obligé d'imaginer des formes d'affranchissement dans lesquelles il fût représenté par des mandataires, de là les *manumissiones censu, vindicta, testamento*. A côté de ces formes solennelles, publiques, l'usage donna naissance à des formes privées de *manumissio*, dans lesquelles la cité n'était pas représentée. C'étaient les affranchissements *inter amicos*, qui précisément en raison de l'absence du contrôle des mandataires du peuple, ne conféraient pas le droit de cité, mais seulement la liberté latine. Le maître en affranchissant son esclave par un tel mode manifestait clairement son intention de ne lui conférer que l'*in bonis* sur sa personne et de conserver pour lui le *nudum dominium ex jure Quiritium*. Mais si plus tard, au moyen d'une *manumissio* en forme solennelle, ce maître se dépouillait du droit qu'il avait retenu, alors le vœu de la loi était rempli, alors le peuple participait à l'affranchissement et par suite le droit de cité était acquis. L'affranchissement solennel complétant une *manumissio non legitima*, tel était le second cas d'*iteratio*.

Enfin nous savons que l'esclave affranchi avant d'avoir l'âge de trente ans ne devenait pas citoyen, que la *manu-*

missio eût été faite *inter amicos* ou en forme solennelle. En effet dans la première hypothèse, que l'esclave eût atteint ou non l'âge légal, peu importait, puisque dans tous les cas le mode d'affranchissement employé n'était pas susceptible de conférer la cité ; dans la seconde l'obstacle provenait de la loi *Ælia Sentia*, d'après laquelle l'esclave mineur de trente ans ne devient citoyen que s'il était affranchi *vindicta et causa apud consilium probata*. L'*iteratio* consiste dans un nouvel affranchissement fait dans les formes légales après la trentième année.

Mais dans une certaine opinion on prétend que l'*iteratio* n'est pas applicable aux esclaves devenus Latins parce qu'ils n'étaient pas âgés de trente ans lors de leur affranchissement, qu'elle appartient seulement aux esclaves majeurs de trente ans au moment de leur premier affranchissement.

Cette opinion se fonde sur un texte d'Ulpien qui semble bien la confirmer : « *Iteratione fit civis Romanus qui, post latinitatem, quam acceperat major triginta annorum, iterum juste manumissus ab eo cujus ex jure Quiritium servus fuit. Sed huic concessum est ut ex senatusconsulto etiam liberis jus Quiritium consequi possit* (Ulp., III, § 4). » Et voici les raisons que l'on donne à l'appui de ce système. L'esclave mineur de trente ans, affranchi autrement que par la *vindicta et causa probata apud consilium*, auquel cas il devient citoyen, reste esclave, à moins qu'il ne soit affranchi *testamento*, et dans cette hypothèse il acquiert la liberté latine. Cet affranchissement testamentaire implique nécessairement la mort du maître, et comme les héritiers de ce dernier n'ont pas le

droit de procéder à l'*iteratio*, il en résulte qu'il ne peut être question de ce mode d'acquisition de la cité pour cet affranchi.

Cette argumentation, à notre avis, n'est pas exacte. Et d'abord elle s'appuie sur le § 12, I, d'Ulpien; elle décide que l'esclave mineur de trente ans reste esclave à moins d'être affranchi *testamento*; mais nous avons démontré qu'il était impossible de prendre le texte d'Ulpien tel qu'il nous était parvenu, que le membre de phrase *ideo sine consilio*... n'était pas d'Ulpien, que c'était une interpolation et que par suite la décision qu'il donne est inadmissible.

De plus on dit que l'affranchissement testamentaire implique la mort du *manumissor*; c'est exact lorsque la liberté est laissée directement; mais quand le testateur charge son héritier d'affranchir, soit en forme impérative, soit en forme précatrice, cette proposition n'est plus vraie: c'est l'héritier qui est *manumissor* et qui acquiert les *jura patronatus*, et dans ce cas sur quelle raison se fonder pour refuser à cet héritier le droit de procéder à l'*iteratio*.

Enfin l'opinion que nous venons d'exposer est obligée d'admettre que le droit à l'*iteratio* ne passe pas à l'héritier du *manumissor*, que c'est un droit tout personnel à ce dernier et qui s'éteint à son décès. C'est encore une décision qui est sujette à de fort graves contestations et que nous espérons pouvoir démontrer fausse.

On donne donc du texte d'Ulpien une interprétation qui ne nous semble pas bonne, et si on lui fait dire que l'*iteratio* n'est pas applicable à l'affranchi mineur de

trente ans, c'est qu'on a voulu l'expliquer sans le rapprocher du paragraphe précédent. Voyons donc quelle est la suite des idées dans le titre qui nous occupe.

Dans le § 3 Ulpien nous apprend que les affranchis mineurs de trente ans peuvent arriver à la cité *liberis*, mais que seuls ils peuvent profiter de cette disposition, dont il attribue à tort l'institution à la loi Junia, ainsi que nous avons déjà eu occasion de le dire (1). Dans le paragraphe suivant le jurisconsulte nous dit que le mode normal d'acquisition du *jus Quiritium* est l'*iteratio* pour les esclaves devenus latins quoiqu'ils aient eu l'âge légal, c'est-à-dire pour les esclaves affranchis *inter amicos* ou seulement par le maître qui n'avait sur eux que l'*in bonis*, et il ajoute que le mode *liberis*, qui à l'origine était propre aux affranchis mineurs de trente ans, leur fut plus tard appliqué, toutes choses qui sont confirmées par Gaius, qui attribue l'introduction de cette mesure au sénatusconsulte Pégasien (I, 31), lequel pour désigner les affranchis au profit desquels cette extension était faite se servait de l'expression *maiores triginta annorum*. Ulpien en répétant cette expression n'a pas voulu prétendre que l'âge légal au moment de la première *manumissio* fût une condition indispensable de l'*iteratio*, il s'en est servi dans le même sens que le sénatusconsulte, pour désigner ceux qui avaient été affranchis *inter amicos* et ceux qui tenaient leur liberté d'un propriétaire bonitaire (2).

Aussi pensons-nous que l'*iteratio* est applicable aux affranchis devenus Latins par défaut de l'âge légal (3), et

1. Accarias, I, p. 154, n. 4.

2. Cantarelli. *Archivio juridico*, XXX, p. 95.

3. Demangeat, I, p. 175. Accarias, p. 154.

nous pouvons corroborer notre opinion par un texte formel. Dosithée nous dit en effet : « *Is autem, qui manu-*
« *mittitur inter amicos, quotcumque est annorum, latinus*
« *fit et tantum ei hoc prodest manumissio, ut postea iterum*
« *possit ex vindicta vel testamento manumitti et civis roma-*
« *nus fieri (§ 14).* »

Il y aurait un moyen bien simple de corriger le texte d'Ulpien, ce serait de placer la virgule qui se trouve après *post latinitatem* entre *acceperat* et *major*, et de supprimer celle qui est placée après *annorum*; on rattacherait ainsi les mots *major triginta annorum* du membre de phrase *iterum juste manumissus*, et on aurait ainsi l'avantage d'avoir un texte qui déciderait qu'au moment de l'*iteratio* l'esclave doit avoir atteint l'âge légal.

Nous concluons donc en disant que l'*iteratio* est un mode *adipiscendæ civitatis romane*, non pas seulement propre aux affranchis majeurs de trente ans, mais aussi applicable à tous les autres Latins Juniens, quel que fût leur âge au moment de la première *manumissio*.

Donc l'*iteratio* pouvait se faire au profit de l'esclave qui était devenu Latin parce que son maître qui avait sur lui le *dominium ex jure Quiritium*, ne l'avait pas affranchi solennellement.

Le même bénéfice pouvait intervenir de la part du *nudus dominus* au profit de l'esclave dont le maître n'avait pu lui conférer que la liberté latine, parce qu'il n'avait pas sur lui un droit complet.

Quant aux esclaves devenus Latins parce qu'ils étaient mineurs de trente ans, M. de Wangerow (1) fait une dis-

1. *Ueber die Latini Juniani*, p. 149.

inction. Ont-ils été affranchis *inter amicos*, l'*iteratio* est possible ; est-ce un mode de *manumissio legitima* qui a été employé, elle ne l'est plus. Cette solution résulte de la nature qui a été attribuée à l'*iteratio*. Nous savons que c'est un acte qui a pour but de transférer à l'affranchi le *dominium ex jure Quiritium* sur sa personne, alors que jusqu'ici il n'avait que l'*in bonis*. En conséquence il est tout naturel qu'après une *manumissio non justa* il puisse y avoir lieu à l'*iteratio*, c'est-à-dire à la collation à l'affranchi du *nudum dominium* sur lui-même qui lui manquait, puisque la *manumissio non justa* ne le lui avait pas transféré et l'avait laissé subsister au profit du *manumissor*. Dans cette hypothèse il en est absolument de même que lorsqu'il s'agit d'une *res Mancipi* transférée par la simple tradition. Le *tradens* a conservé le *nudum dominium*, et rien ne l'empêche de le transférer à l'*accipiens* postérieurement à la tradition en employant les formes solennelles de la *mancipatio* ou de l'*in jure cessio*.

Mais il n'en est pas de même quand l'esclave a été affranchi par une *manumissio legitima*, car le *manumissor* a perdu le *dominium* au moment du premier affranchissement sans aucun profit pour l'esclave, il est vrai, puisque celui-ci devient néanmoins Latin, et par suite il ne peut être question d'*iteratio*. Nul ne peut en effet donner ce qu'il n'a pas. Et que le *manumissor* ait perdu le *dominium* cela résulte nécessairement de la nature qui a été reconnue à l'*iteratio*. En effet étant admis que l'*iteratio* est à la Latinité Junienne ce qu'est la *mancipatio* ou l'*in jure cessio* à l'*in bonis*, les choses doivent se passer de la même manière que lorsqu'il s'agit du transfert d'une *res*

mancipi par un romain à une personne qui n'a pas le *commercium*. Le pérégrin n'acquiert pas la propriété quiritaire, puisqu'il ne peut participer à la *mancipatio*, mais il n'en acquiert pas moins la propriété dès que la tradition est effectuée. Mais de ce qu'il n'acquiert pas le *dominium ex jure Quiritium*, est-ce une raison pour décider que le *tradens* l'ait conservé? Pas le moins du monde; il est certain que le *tradens* perd non seulement l'*in bonis* qui passe à l'acquéreur, mais encore la propriété quiritaire, bien que celui-ci ne puisse en profiter. Et pourquoi? par cette raison bien simple qu'un acte juridique doit produire tous les effets qui sont possibles d'après les circonstances et l'intention des parties. Le *tradens* voulait aliéner la *res Mancipi*, il a employé un mode propre à transférer le *dominium ex jure Quiritium*, preuve qu'il ne tenait pas à le conserver; ce *dominium* n'est pas acquis à l'*accipiens*, parce qu'il est incapable de l'avoir ne jouissant pas du *commercium*, mais la tradition amène ce résultat que, le *tradens* ayant abdiqué son *dominium*, lequel ne peut passer à l'*accipiens*, ce *dominium* ne réside plus sur la tête de personne, sur celle du *tradens*, puisqu'il ne voulait pas le conserver, sur celle de l'*accipiens*, parce qu'il était incapable de l'acquérir.

Il doit en être de même dans notre hypothèse. Le maître affranchissant un esclave *minor triginta annorum*, sans faire précéder la *manumissio* d'une *causæ probatio apud consilium*, perd son *jus Quiritium*, bien que cela ne profite nullement à l'affranchi.

Telle est l'opinion de M. de Wangerow, et il faut reconnaître qu'elle est parfaitement conforme à la

rigueur des principes. Quant à l'objection qu'on pourrait faire qu'on ne trouve même pas le germe de cette distinction dans le passage d'Ulpien, il faut répondre qu'elle ne pouvait trouver place dans les *Regulæ*, étant donné le caractère élémentaire que le jurisconsulte voulait laisser à son œuvre.

Cependant il faut remarquer que la distinction faite par M. de Wangerow est contraire à l'esprit qui a présidé à l'introduction de tous ces modes par lesquels les Latins pouvaient acquérir la cité. On leur montrait le *jus Quiritium* comme une prime pour certains services rendus à l'État. Il était donc de l'intérêt de l'État que le plus de personnes possible fussent à même de rendre ces services, et alors pourquoi le priver du concours des affranchis devenus Latins parce qu'ils avaient moins de trente ans lors de leur affranchissement, pourquoi empêcher ceux-ci de bénéficier de l'*iteratio*, étant donné que l'on pouvait très bien soutenir que le *manumissor*, sachant qu'il ne pouvait conférer la cité que *vindicta et causa probata apud consilium*, avait manifestement montré, en ne faisant pas approuver la cause de l'affranchissement par le conseil, qu'il entendait conserver son *nudum dominium ex jure Quiritium*.

Quoi qu'il en soit, pour que l'affranchi mineur de trente ans acquît le *jus civitatis* par l'*iteratio*, il fallait qu'au moment où elle avait lieu il eût atteint l'âge légal ou que dans le cas contraire l'*iteratio* fût faite *vindicta et causa probata apud consilium*. Si par conséquent dans cette dernière hypothèse le *consilium* n'approuvait pas la *causa*

1. Dosithée, § 14, Gaius, I, § 18.

manumissionis le Latin Junien conservait sa situation.

Qui peut faire l'*iteratio* ? telle est la question que nous devons maintenant aborder. Certains auteurs, notamment Bethmann-Hollweg, (1) considérant l'*iteratio* comme la réparation d'un oubli commis par le *manumissor*, pensent que celui-là seul qui a commis cet oubli peut le réparer. Ils font de l'*iteratio* un droit exclusivement personnel et intransmissible. Par suite, si au moment de l'affranchissement l'esclave se trouve *in bonis* du *manumissor*, le *nudus dominus* ne pourra faire l'*iteratio*. Il en sera de même dans l'hypothèse où depuis l'affranchissement le propriétaire bonitaire aura acquis le *nudum dominium*. Enfin après la mort du *manumissor* l'*iteratio* ne sera plus possible, que ce soit à lui ou à un autre qu'ait appartenu le *jus Quiritium* sur l'esclave.

Telles sont les conséquences de cette doctrine qui peut être ainsi formulée : l'*iteratio* peut être faite par celui qui avait sur l'esclave le *dominium ex jure Quiritium* au moment de l'affranchissement, mais lui seul peut la faire, et cette faculté ne passe pas à ses héritiers.

A l'appui de cette doctrine quels arguments donne-t-on ? Si, dit-on, le *nudus dominus* affranchit l'esclave, cet affranchissement ne produira aucun effet ; il doit en être de même lorsque le maître qui a l'esclave *in bonis* lui a déjà donné la liberté. En second lieu l'affranchissement de la part du *nudus dominus* postérieur à celui fait par le propriétaire bonitaire ne peut donner naissance au droit de cité parce que les droits de ce dernier seraient lésés. En effet en devenant citoyen, le Latin Junien acquiert

1. De *causæ probatione*, p. 88.

le droit d'avoir une succession, dont le patron est exclu par les descendants de l'affranchi et qu'il recueille, lorsqu'il vient en ordre utile, *jure successionis* et non plus *jure peculii*.

Il est faux que la *manumissio* de la part du *nudus dominus* ne produise aucun effet; elle en produit tant et si bien que, faite concurremment par lui et le propriétaire bonitaire, l'esclave au lieu de devenir Latin devient citoyen (F. V. § 21. Gaius, I, § 167). On ne peut donc pas admettre que faite par lui seul elle soit complètement inopérante. Faite avant la *manumissio* de la part du propriétaire bonitaire, elle a pour résultat non de conférer la liberté à l'esclave, de le libérer de la puissance dominicale, il est trop clair que le *nudus dominus* ne peut disposer de ce qu'il n'a pas; mais il n'en est pas moins vrai qu'il a manifesté par la *manumissio* son intention de libérer l'esclave autant qu'il était en lui et que par suite il a aliéné son droit. Il l'a aliéné au profit de l'esclave. Ce dernier, étant *in potestate*, l'acquiert pour son maître, qui devient ainsi *dominus ex jure Quiritium*. L'abdication de son droit de la part du *nudus dominus* et le transfert de ce droit au propriétaire bonitaire, tel est l'effet de la *manumissio* faite par le *nudus dominus* avant celle opérée par ce dernier; et c'est une solution commandée par la rigueur des principes développés dans le Titre *per quas personas nobis adquiritur*. A plus forte raison l'affranchissement du *nudus dominus* produira-t-il plus d'effet, lorsqu'il interviendra postérieurement à celui fait par le propriétaire bonitaire; car c'est à l'esclave et pour lui-même que sera transmis le *nudum*

dominium. Ayant ainsi réuni sur sa personne le *jus Quiritium* et l'*in bonis*, il devient citoyen. Il n'est donc point vrai de dire que, quand un esclave est au moment de son affranchissement *in bonis* du *manumissor*, le *nudus dominus* ne pourra procéder à l'*iteratio*.

On objecte dans l'opinion que nous combattons que, si pareille chose était possible, il dépendrait du *nudus dominus* d'enlever au propriétaire bonitaire les *jura patronatus* et qu'ainsi il pourrait à son gré gravement préjudicier à ce dernier. Il est certain que la *manumissio* de la part du *nudus dominus*, en conférant la cité à l'affranchi, lui donne le droit d'avoir une succession de laquelle ses descendants excluent le patron ; il est tout aussi certain que le droit du patron est modifié, qu'au lieu de recueillir *jure peculii*, il recueille *jure successionis*, quand il vient en ordre utile, et de là les différences considérables que nous avons déjà exposées. Mais de ce que cette *manumissio* par le jeu normal des principes peut amener un résultat fâcheux pour le propriétaire bonitaire, est-ce une raison pour dénier ce droit au *nudus dominus*? Pas le moins du monde, *neminem lædit qui jure suo utitur*.

Du reste l'opinion que nous défendons ne peut faire l'objet d'aucun doute en présence du § 167 du Livre I des Commentaires de Gaïus « *Unde si ancilla ex jure Quiritium tua sit, in bonis mea, a me quidem solo, non etiam a te manumissa, latina fieri potest* ». Le jurisconsulte ne dit-il pas formellement que l'affranchissement de la part du *nudus dominus* peut être postérieur à celui du propriétaire bonitaire ? Le § 221 des *Fragmenta vaticana* n'est pas moins explicite « *Si alius eum latinum fecerit,*

alius iteraverit, an utriusque liberorum tutelam suscipiat, videndum, quasi utriusque meritum habeat. Nisi forte exemplo munerum, ut divus Marcus rescripsit, apud originem ejus, qui latinum fecit, debere eum fungi, solius ejus liberorum tutelam suscepturus ».

Zimmern (1) explique ce texte tout autrement ; d'après lui, il s'agit de deux copropriétaires dont l'un a l'esclave *in bonis* seulement, l'autre *in dominio*. Le premier en affranchissant l'esclave fait un Latin ; le second fait un nouvel affranchissement pour son propre compte, et l'esclave devient ainsi citoyen. Tel est l'explication que donne Zimmern du mot *iteraverit*. Mais, comme le fait remarquer de Wangerow, on ne s'expliquerait pas pourquoi le jurisconsulte se poserait la question de savoir des enfants de qui l'esclave doit prendre la tutelle et pourquoi il déciderait que ce sont seulement ceux du propriétaire bonitaire, car le *dominus ex jure Quiritium* a tout autant de droit, si ce n'est plus, que ce dernier.

La deuxième conséquence que l'on tire du principe que l'*iteratio* est permise seulement au *manumissor* qui avait un droit complet sur l'esclave au moment de l'affranchissement, n'est pas plus admissible que la première. Nous savons que le *nudum dominium* était susceptible de transmission comme toute autre propriété. Si donc on suppose que l'ancien propriétaire bonitaire acquiert après l'affranchissement le *nudum dominium*, pourquoi lui serait-il interdit de procéder à l'*iteratio*. Bethmann-Hollweg (2) croit en trouver la raison dans un

1. Zimmern, I, § 213.

2. Bethmann-Hollweg, p. 89.

passage d'Ulpien (III, § 4) « *Iteratione fit civis romanus, qui, post latinitatem quam acceperat major triginta annorum, iterum manumissus est ab eo, cujus ex jure Quiritium servus fuit* ». Ce passé, ce *fuit*, indique clairement, dans son opinion, qu'il était indispensable pour l'admission de l'*iteratio* que le *manumissor* ait eu le *jus Quiritium* au moment de l'affranchissement. Pour nous qui avons admis que celui qui a le *nudum dominium* peut faire l'*iteratio*, quel qu'il soit, cette solution est inacceptable. Du reste l'argument que Bethmann-Hollweg tire du mot *fuit* n'en est pas un. Comment en effet le jurisconsulte aurait-il pu s'exprimer sans se servir de ce passé, comment aurait-il pu indiquer que le *jus Quiritium* devait exister au moment de la seconde *manumissio*, étant donné, comme le fait remarquer de Wangerow, qu'il ne pouvait dire *qui servus est* à la place de *qui iterum juste manumissus est*.

Enfin toujours sur cette fausse idée que l'*iteratio* est la réparation d'un oubli et que cette réparation est personnelle au *manumissor*, on conclut que le droit à l'*iteratio* ne passe pas aux héritiers de celui-ci, que l'*iteratio* est absolument impossible après son décès. Et Hollweg en tire la preuve d'une lettre de Pline adressée à Trajan, dans laquelle il prie l'Empereur d'accorder la cité à des Latins au sujet desquels un de ses amis lui avait légué *jus suorum Latinorum* (1). Or, dit-il, si l'*iteratio* avait pu être faite par un successeur, Pline n'aurait pas eu besoin de demander à l'Empereur d'octroyer le *jus civitatis* à ces Latins ; il les aurait affranchis lui-même, puisqu'à cette

1 Bethmann-Hollweg, p. 90 Pline, *Epitres* X. 105.

époque il était propriétaire. L'argumentation d'Hollweg est tout-à-fait défectueuse, car elle part d'un principe faux. Cet auteur pense que le legs du *jus Latinorum suorum* portait sur la personne de ces Latins, en un mot que c'étaient eux qui faisaient l'objet du legs. C'est absolument impossible, puisqu'ils n'étaient plus sous la puissance de l'ami de Pline. Tant qu'ils étaient esclaves, leur maître pouvait en disposer à son gré, mais une fois qu'il les avait affranchis, une fois qu'il les avait libérés de sa puissance, ce droit de disposition cessait forcément. Donc ce qui faisait l'objet du legs n'était pas et ne pouvait pas être la personne des Latins, c'était leur avoir, c'étaient ces biens que le patron recueillait à leur mort *jure peculii* et dont il pouvait disposer même pendant leur vie, cette disposition ne produisant du reste son effet qu'à leur décès. Donc Pline n'avait aucune qualité pour affranchir ces Latins Juniens. Mais nous devons remarquer que si c'eût été le *nudum dominium* conservé par le *manumissor* qui fût légué à la place du *jus Latinorum suorum*, ce qui n'existait pas dans l'hypothèse présente, le légataire aurait été en droit de faire l'*iteratio*.

Nous dirons donc pour conclure que, le droit à l'*iteratio* appartient à toute personne qui a le *jus Quiritium* sur l'affranchi, sans distinguer si elle est ou non le premier *manumissor*, si elle était titulaire de ce droit au moment de la première *manumissio* ou si elle l'a acquis depuis.

§ IV

Ulpien nous apprend encore que le droit de cité était

accordé au Latin Junien qui avait servi pendant six ans *inter vigiles Romæ*.

Anciennement le soin de prévenir et d'éteindre les incendies et de veiller à la sûreté de Rome pendant la nuit était confié aux *triumviri nocturni*, dont les attributions, entre les années 290 et 287 avant Jésus-Christ, furent étendues, et qui à partir de cette époque prirent le nom de *triumviri capitales*. Nommés par les consuls, ils sont élus par le peuple depuis la loi Papiria (1).

Ils avaient sous leurs ordres des *servi publici*, *familia publica* suivant l'expression de Paul (L. 1. D. I. 15). Mais au moment de la mort de César, en 44 avant notre ère, ce service n'était pas fait exclusivement par des esclaves publics, il incombait aussi à la charge des particuliers. Nous savons en effet par Velléius Paterculus (2) que Rufus Equatius s'était acquis une grande faveur de la part du peuple pendant son édilité en consentant libéralement à ce que ses esclaves fissent ce service. « *Collecto in ceditate favore populi, quem extinguendis privata familia incendiis in dies auxerat* ». Paul nous donne le même témoignage : « *Fuerunt et privatæ familiæ quæ incendia vel gratia vel mercede exstinguerent* (L. 1. D. I 15) ».

Le jurisconsulte nous apprend en terminant que les *vigiles* furent créés par Auguste : *Non salutem reipublicæ tueri, nulli magis credidit convenire, nec alium sufficere ei rei quam Cæsarem* (L. 3, D. I. 15). » Ils étaient recrutés parmi les affranchis et commandés par un cheva-

1. Bouché-Leclercq. *Manuel des inst. Romaines*, p. 79

2. Velleius Paterculus, II, XCI, 3.

lier romain, portant le titre de *Præfectus vigilium* et dont les attributions nous sont indiquées par le même jurisconsulte. Ils étaient divisés en 7 cohortes dont chacune devait veiller sur deux régions de Rome. Il ne faut pas les confondre avec les cohortes urbaines, qui étaient au nombre de trois et étaient composées de citoyens (L. 3. D. I. 15).

Comme privilège les *vigiles* avaient le *frumentum publicum*, c'est-à-dire qu'ils étaient bourgeois de Rome et prenaient part aux distributions de blé après trois ans de service (1).

Une loi Visellia, portée sous Tibère selon la majorité des auteurs en l'an de Rome 776, et suivant Mommsen en 683, décida que les Latins Juniens acquerraient le droit de cité après six ans de ce service municipal. « *Militia jus Quiritium accepit Latinus si inter vigiles Romæ militaverit, ex lege Visellia. Præterea ex senatusconsulto concessum est ei, ut, si triennio inter vigiles militaverit, jus Quiritium consequatur* (Ulp., III. § 5) ». Le jurisconsulte nous apprend que le délai de six ans fut trouvé trop long et qu'il fut ramené à trois ans par un sénatusconsulte. Un texte de Gaius restitué par Huschke confirme la décision donnée par Ulpien : « *Præterea ex lege Visellia, tam majores quam minores triginta annorum manumissi et Latini facti, jus Quiritium adipiscantur, id est fiunt cives romani, si Romæ inter vigiles sex annis militaverint. Postea dicitur*

1. Mémoires de l'académie des Inscript. et Belles lettres. E. Desjardins, tome XXVIII, 2^e partie, année, 1876, p. 279.

factum senatusconsultum, quo data est illis civitas romana, si triennum militiæ expleverint (1) (Gaius, I, § 32). »

Nous ne connaissons pas la date exacte de ce sénatus-consulte.

§ V

Ulpien, continuant son énumération, nous avertit que le Latin Junien acquérait la cité *nave* : « *Nave civitatem romanam accipit, si non minorem quam decem milium modiorum navem fabricaverit, et Romam sex annis frumentum portaverit, ex edicto Divi Claudii* (Ulp., III § 6) ».

Le nouveau texte de Gaius n'est pas moins formel. « *Item edicto divi Claudii Latini jus Quiritium consequuntur, si navem marinam ædificaverint, quæ non minus quam decem milia modiorum frumenti capiat, eaque navis vel quæ in ejus locum substituta sit, sex annis frumentum, Romam portaverint* » (Gaius, I, § 32).

L'Italie ne pouvait produire assez de blé pour nourrir ses habitants. Elle était obligée de le tirer d'Égypte. Mais il arrivait que par suite des difficultés de la navigation les bateaux se perdaient ou arrivaient en retard, ce qui amenait des séditions de la part du peuple qui était accoutumé à recevoir des distributions de blé. Nous savons par Tacite (2) que, sous le règne de Claude, le pain

1. Lemonnier, *Condition des affranchis*, p. 222, n. 2. Ce texte de Gaius est cité par cet auteur, ainsi que tous les autres nouveaux textes de ce jurisconsulte que nous rapportons ici — Krueger, *Gaii Instit.*

2. Tacite, *Annales*, XII, 43.

manqua à Rome pendant quinze jours et que ce n'est qu'à grand peine que ce prince put sortir de la populace qui l'entourait en proférant des menaces. Aussi tous les Empereurs prirent-ils soin d'assurer l'alimentation de la Capitale.

Claude, pour favoriser les arrivages de blé, accorda à ceux qui s'occuperaient de ce commerce des avantages proportionnels à la condition de chacun, au citoyen la dispense de l'observation de la loi Papia Poppæa, à la femme le *jus quatuor liberorum*, au Latin Junien le *jus Quiritium*, pourvu qu'il eût construit un navire d'un certain tonnage et que pendant six ans il eût contribué à l'approvisionnement de Rome. C'est ce que nous ont appris les textes d'Ulpien et de Gaius cités plus haut et ce qui est rapporté par Suétone : « *Nihil non excogitavit ad invehendos etiam in tempore hiberno commeatus. Nam et negotiatoribus certa lucra proposuit, et naves mercaturæ causa fabricantibus magna commoda constituit pro conditione cujusque ; civi vacationem legis Papiæ Poppææ, Latino jus Quiritium, feminis jus quatuor liberorum* (1). »

§ VI

Quant au mode *œdificio*, par lequel les Latins Juniens devenaient citoyens, nous n'avons pas d'autres renseignements que le nouveau texte de Gaius ainsi conçu : « *Præterea.... ne s.... ut, si Latinus qui patrimonii sestertium*

1. Suétone, Claude, chap. 18.

miliū plurisve habebit, in urbe Roma domum ædificaverit, in quo non minus quam dimidiam partem patrimonii sui impenderit, jus Quiritium consequitur... (Gaius, I, § 33). Il fallait que le Latin Junien eût une certaine fortune et en employât au moins la moitié à la construction d'une maison à Rome. Il est probable que cette mesure doit être attribuée à Néron. Nous savons en effet que ce prince, après avoir incendié Rome, institua des prix pour pousser à une reconstruction plus rapide de la ville « *Ad-didit præmia, nous dit Tacite (1), pro cujusque ordine et rei familiaris copiis finivitque tempus, intra quod effectis domibus aut insulis adipiscerentur* ». Rien d'étonnant à ce qu'il se servit du droit de cité dans ce but.

§ VII

Un nouveau mode, qui se rattache étroitement aux préoccupations qui ont fait édicter par Claude l'acquisition de la cité *nave*, est celui qui est décrit dans le nouveau texte de Gaius : « *Denique divus Trajanus constituit ut, si Latinus in Urbe trienno pistrinum exercuerit, in quo in dies singulos non minus quam centenios modios frumenti penseret, ad jus Quiritium perveniret* » (Gaius, I, § 34). D'après ce texte cette industrie devait avoir une certaine importance et être exercée pendant un certain temps.

§ VIII

Nous avons dit que le Latin seul avait le droit de faire l'*anniculi probatio*, que la Latine ne profitait pas de ce

1. Tacite, *Annales*, XV, n° 43.

mode d'acquisition de la cité. Il n'y avait qu'un seul cas où elle en bénéficiât indirectement, c'était quand son mari Latin Junien était mort avant que l'enfant ne fût devenu *anniculus*; dans cette hypothèse, dès que l'enfant avait atteint l'âge prescrit, la Latine pouvait *probare causam* (Gaius I, § 32).

Ce mode *adipiscendæ civitatis* était remplacé pour elle par celui qu'Ulpien nous cite à la fin de son énumération : « *Proeterea ex senatusconsulto, vulgo quæ sit ter enixa* » (Ulp., III, § 1). Ce sénatusconsulte accordait la cité à la femme Latine qui avait mis au monde trois enfants illégitimes, et nous savons que la femme qui avait donné le jour à trois jumeaux était censée avoir accouché trois fois (L. 137. D. L. 16).

Le texte d'Ulpien nous est parvenu mutilé, et voici les corrections qui ont été proposées. Les anciens commentateurs d'Ulpien changeaient *vulgo* en *veluti*, ce qui n'a aucun sens. Schilling propose de lire *vulgaris* ou *virgo*. Böcking et Huschke rétablissent ainsi le passage : le premier, *vulgo quæsitos tres enixa*, le second *mulier quæ sit enixa* (1).

Quel est le sénatusconsulte qui introduisit ce bénéfice, nous n'en savons rien. M. de Savigny pense que c'est le sénatusconsulte Volusien et il croit que c'est sous le mot *vulgo* que se cache le nom de ce sénatusconsulte. D'autres auteurs au contraire en attribuent la création au sénatusconsulte Tertullien (2).

1. De Wangerow, *op., cit.*, p. 200, n. 5.

2. Cantarelli, p. 108.

Comme nous avons déjà eu l'occasion de le faire remarquer, la situation des Latins Juniens n'était qu'une sorte de stage entre l'esclavage et la jouissance des droits du citoyen ; on ne crut pas devoir leur concéder immédiatement une liberté complète, on voulut en quelque sorte leur en faire faire l'apprentissage, et les différents modes *adipiscendæ civitatis* que nous venons de parcourir sont fondés sur cette idée. Le droit de cité ne leur était concédé que quand ils avaient prouvé qu'ils en étaient dignes et qu'ils l'avaient mérité par des services rendus à l'État. Cette faveur était la récompense de ces services.

Tel est le caractère des moyens d'acquisition de la cité indiqués par Ulpien. Tous, sauf l'*iteratio*, qui semble bien être le mode le plus régulier et le plus naturel d'attribuer à un affranchissement d'abord incomplet tous ses effets légaux et qui permettait au patron de s'acquitter envers son affranchi des bons offices qu'il lui avait rendus, tous, disons-nous, supposent des services rendus à la société, soit l'augmentation de la population, soit l'exercice d'un service public ou d'une industrie utile à la cité. « Le choix des moyens d'émancipation, dit M. Bouché-Leclercq, (1) mis à la portée de ces aspirants au droit de cité indique quelles étaient aux diverses époques, les préoccupations du gouvernement. »

1. Bouché-Leclercq. *Manuel des inst. rom.*, p. 367.

CHAPITRE VII

MODIFICATIONS APPORTÉES À LA CONDITION DES LATINS JUNIENS

Maintenant que nous avons recherché quelle était la capacité des Latins Juniens, leur condition juridique pendant leur vie et de quelle façon étaient dévolus leurs biens après leur mort, maintenant que nous avons déterminé comment les esclaves devenaient Latins Juniens et par quels modes ils pouvaient transformer cette *libertas imperfecta* (1) en la qualité de citoyen romain, il nous reste à indiquer les changements qui se sont produits en cette matière.

Déjà avant Justinien on en rencontre un certain nombre ; mais c'est sous le règne de ce prince, dont nous connaissons le goût pour les innovations, qu'il se produisit les plus importants et les plus nombreux. Aussi étudierons-nous successivement ceux qui furent introduits par les prédécesseurs de Justinien et ceux qui résultent des Constitutions de cet empereur.

§ I

Quant à l'acquisition de la liberté l'ancien droit persista. L'esclave devenait Latin s'il était affranchi avant

1. L. I. C. VII, 6.

d'avoir atteint l'âge de trente ans, si l'affranchissement était fait seulement par le propriétaire bonitaire, si l'on n'employait pas un mode d'affranchissement solennel.

L'affranchissement *censu* est remplacé par l'affranchissement *sacrosanctis ecclesiis* depuis Constantin. Nous savons en effet que de Vespasien à Décius, c'est-à-dire pendant une période de deux siècles, le recensement ne fut fait qu'une seule fois, et pour la dernière sous le règne de Décius ; par suite la *manumissio censu* devint impossible. Aussi Constantin lui substitua-t-il l'affranchissement *sacrosanctis ecclesiis*, en permettant au maître de déclarer sa volonté de donner la liberté *sub aspectu plebis assistentibus christianorum antistitibus*. Les Constitutions de cet Empereur des années 316 et 321 (1) nous apprennent qu'il était dressé un acte de cette déclaration, lequel était signé par l'Évêque. Cette déclaration qu'on faisait de préférence, paraît-il, les jours de fête, conférait la cité, quel que fût l'âge de l'esclave, *in ecclesiasticis libertatibus non est hujusmodi ætatis differentia* (2). Cujas rapporte un pareil acte qui était gravé sur la pierre au-dessus des portes de la cathédrale d'Orléans : *Ex beneficio S. † per Joannem Episcopum et per Albertum † casatum, factus est liber Lemibertus, teste hac sancta ecclesia*.

A mesure que la civilisation se développa, l'esclavage s'adoucit. Si en droit l'esclave était considéré comme une chose, en fait il n'était pas traité comme tel. Si on ne lui accordait pas encore la personnalité, on ne reconnaissait

1. 1 et 2. C. 1. 13.

2. Inst. Just. Cujas, n. 4.

plus au maître le droit de vie et de mort, comme il l'avait à l'origine ; les sentiments d'humanité se faisaient jour. Aussi voyons-nous que les Empereurs défendaient de maltraiter les esclaves, et c'est de cet ordre d'idées que résultèrent l'Édit de Claude accordant la liberté latine à l'esclave malade abandonné par son maître, ainsi que plusieurs dispositions du même genre dont nous avons parlé au début de cette étude et sur lesquelles nous ne reviendrons pas.

L'affranchie, qui se mariait à l'insu de son patron avec l'esclave d'autrui, redevenait esclave, et, si elle était affranchie de nouveau, elle ne pouvait acquérir que la liberté latine (Paul, § 7, II, 21).

L'esclave, qui se faisait *proclamare ad libertatem* par un *adsertor* et dont les prétentions étaient reconnues mal fondées, ne devenait que Latin lorsqu'il était affranchi après avoir été acheté par un tiers (§ 8, VII, 6. C.).

Devenait également Latin celui dont le maître déchirait le titre constatant la servitude ou le lui remettait (4 *Eod. tit.* § 11).

Il en était de même pour l'enfant né d'une ingénue et d'un *servus fiscalis* (*Ad senatusconsultum Claudianum*, § III, C. Théodos, IV, 9, anno. 320).

Les Empereurs chrétiens multiplièrent ces causes d'acquisition de la liberté latine. C'est ainsi que Constantin accorda la liberté comme récompense de la dénonciation de certains crimes (L. 2-3-4. C. VII, 13).

L'esclave chrétien acquis par un Juif devient libre ainsi que l'esclave circoncis par un Juif, quelle que soit sa religion (L. I. C. I. 10).

La femme que son maître prostituait malgré elle a droit à la liberté (L. 6. C. XI, 40).

Il ne paraît pas qu'il soit survenu de changements importants dans la condition des Latins Juniens. Quant à la dévolution de leurs biens nous devons citer la Constitution de Constantin : « *Si is, qui dignitate Romanæ civitatis amissa Latinus fuerit effectus; in eodem statu munere lucis excesserit, omne peculium ejus a patrono, vel a patroni filiis, sive nepotibus qui nequaquam jus agnationis amiserint, vindicatur. Nec ad disceptationem veluti hereditariæ controversiæ filiis liceat accedere, cum ejus potissimum status ratio tractanda sit, non quem beneficio libertatis indultæ sortibus acceperit, sed is, in quo munere lucis excesserit* (I. C. Théod, II, 22. anno 326) ». Constantin reconnaît le caractère fondamental de la succession aux biens du Latin Junien, c'est toujours un pécule qui est repris par le patron ; de même le sénatusconsulte Largien est toujours en vigueur, le patron et ses enfants sont préférés à l'héritier étranger. Mais il semble qu'il est survenu une modification quant aux personnes qui jouissent de ce droit de préférence sur les *heredes extranei*. Le sénatusconsulte l'accordait à tous les enfants, que le lien d'agnation ait été ou non rompu. Constantin au contraire le réserve à ceux dont le lien d'agnation n'a jamais été brisé, *qui nequaquam jus agnationis amiserint* ; par conséquent les enfants émancipés, par suite de leur émancipation, perdaient tout droit sur les biens laissés par le Latin Junien affranchi par leur père. Cette décision, comme le fait remarquer M. de Wangerow, était peu en rapport avec les tendances plus équitables,

qui prévalaient à cette époque, de mettre sur le même pied les agnats et les cognats ; mais il faut reconnaître qu'elle est parfaitement en harmonie avec les anciens principes ; nous savons en effet que d'après le pur droit civil l'émancipation brisait le lien d'agnation et que c'était seulement d'après le droit prétorien que l'émancipé conservait ses droits à la succession de son père et de ses ascendants paternels.

Faisons remarquer que par une Constitution que Justinien attribue à Antonin le Pieux, mais qui appartient certainement à Caracalla (nov. 78, c. 5), le droit de cité fut accordé à tous les sujets libres de l'Empire. Cette concession n'eut pas d'autre but que celui d'enrichir le fisc. En effet les affranchissements faits par les citoyens romains et les libéralités de dernière volonté par eux recueillies étant frappés d'un impôt du vingtième de leur valeur, Caracalla trouva deux moyens d'une grande simplicité de rendre ces impôts plus productifs, il en doubla la quotité, et augmenta le nom des contribuables en octroyant le *jus civitatis* à tous ses sujets.

L'impôt sur les affranchissements, qui date de l'an 398 de Rome, fut voté par les soldats de Cnœus Manlius assemblés par lui en tribus dans le camp. Quoiqu'un pareil vote constituât un précédent dangereux, il n'en fut pas moins approuvé par le Sénat à cause de la pénurie du trésor public. Mais les tribuns portèrent une loi qui prohiba sous peine de mort de faire délibérer le peuple hors de la ville et des lieux destinés aux Comices (1). La *vicesima*

1. Tite-Live, VII, 16.

manumissionum, nom que portait cet impôt, qui ne frappait que les affranchissements conférant la cité et qui était d'ordinaire prélevé sur le pécule, fut ramenée à son taux primitif par Macrin. Elle n'est plus mentionnée sous Justinien (1).

Quant à la *vicesima hereditatis*, elle fut établie ou organisée sur des bases nouvelles par Auguste. Cet impôt frappait sur toutes les successions testamentaires ou légitimes, sauf celles échues à des *sui heredes*. Macrin le ramena également à son taux primitif; il avait disparu depuis longtemps à l'époque de Justinien soit par l'effet de la désuétude, soit par une abrogation formelle (2) (L. 3. C. VI. 35).

§ II

Justinien abolit le *nudum dominium ex jure Quiritium* comme *vacuum et superfluum verbum*; désormais il n'y eut plus de différence entre la propriété quiritaire et l'*in bonis* (2. C. VII, 15).

En 530 il décida, conformément à ce qui existait pour les affranchissements *sacrosanctis Ecclesiis*, que l'on ne tiendrait plus compte de l'âge de l'esclave, que l'on pourrait lui conférer la cité quelque âge qu'il eût (II. C. VII. 15).

Ayant ainsi supprimé deux des principales causes de la

1. Maintz, § 55, n. 16. de la Ménardièrre, de l'Impôt du vingtième sur l'affranchis. des esclaves.

2. Accarias, I, p. 1136.

Latinité, et d'autre part ayant aboli la condition des affranchis déditices en 530 sur les conseils de Tribonien, (1. C. VIII. 15), il ne restait plus qu'un pas à faire pour supprimer la condition des Latins Juniens. Ce dernier pas fut fait en 531 par la Constitution de *Latina libertate tollenda*, où il est dit qu'à l'exemple de ce qui se passait dans le droit primitif les affranchissements confèreraient tous les droits de cité ou seraient nuls.

Parmi les modes d'affranchissement qui existent à cette époque, nous trouvons les *manumissiones vindicta, testamento, sacrosanctis Ecclesiis*. L'affranchissement *vindicta* ne consistait plus depuis longtemps qu'en une déclaration faite devant le magistrat et dont il était donné acte. Quant à l'affranchissement *testamento*, Justinien permet de donner la liberté même *directa* par un codicille non confirmé.

L'Empereur conserve les affranchissements *per epistolam, inter amicos, quinque testibus adhibitis*; il décide que l'esclave abandonné par le maître durant une maladie et qui devenait Latin d'après l'édit de Claude, serait citoyen et que le maître perdrait les *jura patronatus*. De même l'esclave vendue *ne prostituatur* devient citoyenne au cas où il est contrevenu à la loi du contrat. Si dans cette hypothèse le vendeur s'est réservé le droit de la reprendre et que lui-même la prostitue, elle devient également citoyenne et le maître perd les *jura patronatus*.

La liberté est également acquise à ceux qui en exécution des ordres du maître *domini funus pileati antecedunt, vel in ipso lecticulo stantes cadaver ventilare videntur*, à l'*ancilla* que le maître mariait à un homme libre après

l'avoir dotée par écrit, à l'esclave que le maître appelait son fils *inter acta*, à celui dont il détruisait devant témoins les titres constatant la servitude ou s'il les lui remet. Enfin le *statuliber* devenait également citoyen, quand il était affranchi par l'héritier *pendente conditione*, de même que l'esclave dont les prétentions avaient été repoussées dans la *causa liberalis*, si plus tard il venait à être affranchi.

Nous avons vu qu'avant Justinien ces différentes causes d'acquisition de la liberté ne donnaient que la liberté junienne. Ce prince en se les appropriant voulut qu'il en résultât non seulement la liberté, mais encore la cité.

Enfin l'esclave, qui du consentement du maître s'enrôle dans l'armée ou reçoit une dignité, devient libre et même il est considéré comme ingénu (L. 6. C. XII. 34). Il en est de même pour celui qui entre dans les ordres (Novel. 123 ch. 17), et pour les enfants issus du *contubernium* d'une *ancilla* et de son maître, lorsque leurs parents se marient (Novel. 78. ch. 4).

Ces trois derniers cas d'affranchissement furent introduits par Justinien.

On le voit donc, dans le droit de Justinien l'esclave acquiert facilement la liberté et la cité, il n'y a plus trace de l'ancien formalisme; mais ce n'est pas à dire, comme le fait inexactement l'Empereur, que la volonté manifestée d'une manière quelconque suffise pour affranchir; la Constitution elle-même prouve le contraire, en exigeant certaines formes ou des témoins: cela n'est vrai que pour les membres du clergé, à qui Constantin accorda le privilège de donner la liberté comme il leur conviendrait, *ita*

ut ex die publicatæ voluntatis sine aliquo juris teste vel interprete competat directa libertas (L 2. C. I. 13).

Justinien ne s'en tint pas là ; il effaça l'infériorité sociale des affranchis en les assimilant dans une certaine mesure aux ingénus. Il décida en effet dans la Novelle 78, portée en 539, que tout affranchissement entraînerait directement au profit de l'affranchi le *jus aureorum annulorum* et le *jus regenerationis*, mais sans préjudice des droits du patron. Justinien a confondu à tort le *jus annulorum* et la *restitutio natalium* ; nous savons en effet que la *restitutio natalium* éteignait les *jura patronatus* et pour cette cause ne pouvait être accordée que du consentement du patron. Ce que veut dire l'Empereur, c'est que le *jus aureorum annulorum* est inhérent à tout affranchissement, et que la *restitutio natalium*, si elle a encore besoin d'être expresse, n'exige plus comme autrefois une concession spéciale du prince (C. VI. 8).

Ainsi disparut après de si longues années d'existence cette situation intermédiaire entre la liberté et l'esclavage, et désormais, sauf la déchéance encourue pour certaines condamnations, la condition de sujet de l'Empire implique celle de citoyen.

DROIT FRANÇAIS

DE L'INDIVISION

INTRODUCTION

A cette époque lointaine, où l'on ne connaissait d'autre loi que celle du plus fort, la propriété ne pouvait appartenir qu'à celui qui était capable de la défendre. Aussi voyons-nous qu'elle était collective. Elle appartenait d'abord à la tribu, puis plus tard à la famille, c'est-à-dire à des groupements d'individus assez nombreux pour résister aux attaques des ennemis. Ces groupements devinrent de moins en moins considérables à mesure que l'organisation sociale fut plus avancée. C'était un acheminement vers la propriété individuelle.

Il y a de longs siècles que ce dernier pas a été franchi et que la protection des lois assure à chacun le sien.

De nos jours la propriété est individuelle, et notre Code répugne même à ce qu'une même chose appartienne à

plusieurs personnes à la fois. Il juge, et avec raison, que cette situation présente de nombreux inconvénients. Aussi ne la sanctionne-t-il que dans certaines circonstances.

La propriété est la faculté accordée à une personne, à l'exclusion de toute autre, de retirer d'une chose tous les avantages qu'elle peut donner et de faire sur elle tous les actes que la loi ne défend pas.

Ces avantages étaient désignés à Rome sous le nom de *jus utendi* ou *usus*, *jus fruendi* ou *fructus*, *jus abutendi* ou *abusus*, c'est-à-dire droit d'employer la chose à un usage qui peut se renouveler, droit de percevoir les fruits qu'elle peut produire, enfin droit d'en disposer. Tels sont les éléments distingués par les jurisconsultes romains dans le droit de propriété.

Le Code Civil, dans la définition de la propriété qu'il donne dans l'art. 544, ne parle que des droits de jouir et de disposer. Faut-il en conclure qu'il ne reconnaît pas le droit appelé à Rome *nudus usus*, c'est-à-dire l'usage séparé de la jouissance ? Non ; il le consacre au contraire formellement dans l'art. 634. En effet le droit d'habitation n'est pas autre chose qu'un *nudus usus*, car le titulaire de ce droit, ne pouvant ni louer la maison ni en percevoir les loyers, n'en a réellement que l'usage sans la jouissance. Mais les cas où ces deux droits seront séparés se présenteront si rarement que les Rédacteurs du Code, visant bien plus à faire une œuvre de pratique que de théorie, ont pu sans reproche négliger d'indiquer dans l'art. 544 cet élément du droit de propriété.

De la définition que nous avons donnée de la propriété, il apparaît qu'elle est exclusive, c'est-à-dire qu'elle est

essentiellement individuelle et que la chose qui en fait l'objet ne profite pas à tout le monde. Mais ce caractère exclusif n'implique pas nécessairement entre les mains d'une seule personne réunion de tous les droits qui constituent la propriété. Et de fait le partage de ces droits se présente dans les deux situations suivantes : 1° une même chose appartient à deux ou plusieurs personnes à la fois ; 2° la chose peut être grevée de droits réels, usufruit, servitude.

Laissant de côté cette seconde situation, nous allons étudier la première qui porte le nom d'indivision.

CHAPITRE I

DE L'INDIVISION

§ 1. — *De la nature de l'indivision.*

Lorsque plusieurs personnes sont propriétaires d'une seule et même chose et que leurs parts, au lieu d'être matériellement déterminées, ne sont indiquées que par une fraction marquant le rapport qui existe entre chacune d'elles et la totalité de la chose, on dit que ces personnes sont dans l'indivision.

L'indivision est donc « le droit de propriété compétant à plusieurs personnes sur une seule et même chose qui n'appartient à chacune d'elles que pour une quote-part idéale et abstraite », telle est la définition que donnent MM. Aubry et Rau.

Cette situation qui peut se présenter aussi bien à propos d'une chose individuelle que d'une universalité de choses, quelle nature juridique présente-t-elle ?

Pothier en fait un quasi-contrat. « La communauté, dit-il dans son Quasi-contrat de Société, soit d'une universalité de choses, soit de choses particulières, qui est entre deux ou plusieurs personnes, sans qu'il y ait eu entre elles aucun contrat de société ni aucune autre convention, est une espèce de quasi-contrat. »

Nous ne pensons pas que ce soit exact. Il nous semble en effet qu'il ne peut y avoir d'autres quasi-contrats que ceux que le Code prévoit. Il n'en est pas pour les quasi-contrats de même que pour les conventions qui, provenant du consentement des parties, peuvent être formées comme elles l'entendent, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux lois ou aux bonnes mœurs. Les obligations qui en naissent résultent du consentement et par conséquent n'ont d'autre limite que la volonté des parties. Au contraire dans le quasi-contrat quelle est la source de l'obligation? Ce n'est pas la convention, puisque justement le quasi-contrat est classé parmi les engagements qui se forment sans convention; ce ne peut donc être que la loi qui déclare qu'une personne est obligée en considération de certains faits. Mais de ce que c'est la loi qui donne naissance à cette obligation, de ce que le consentement n'y a aucune part, on ne peut pas déclarer une personne obligée sans un texte formel, et nulle part nous ne voyons que le Code dans les art. 1370 à 1381 ait classé l'indivision parmi les quasi-contrats.

De plus, d'après la définition donnée par l'article 1371, le quasi-contrat résulte d'un fait qui doit s'être produit volontairement. La volonté d'accomplir ce fait est une des conditions exigées pour qu'il en naisse les obligations quasi-contractuelles.

Mais si la plupart du temps l'indivision résulte d'une manifestation de la volonté des copropriétaires par indivis, il peut arriver qu'elle existe sans que cette volonté ait eu aucune part dans l'opération qui lui a donné naissance. Si deux personnes qui achètent une chose en

commun sont dans une indivision volontaire, l'inventeur d'un trésor et le propriétaire du champ dans lequel il a été découvert sont également propriétaires par indivis, mais sans que pour cette acquisition en commun la volonté ni de l'un ni de l'autre ait été mise en jeu. La découverte est et doit être, aux termes de l'article 716, le pur effet du hasard. On ne pourrait donc pas dire dans ce dernier cas que l'indivision est un quasi-contrat, puisque la condition de volonté exigée par l'article 1371 n'existe pas.

Il faudrait alors admettre qu'il existe deux espèces d'indivision. Mais comment comprendre que la même situation puisse présenter dans un cas une certaine nature juridique et une autre dans une autre hypothèse différente.

Pour nous l'indivision n'est qu'une situation de fait, qui peut provenir de différentes sources, voire même d'un contrat. Ainsi il a été jugé que deux personnes, qui avaient acheté un immeuble en commun, sans avoir le but d'en opérer la revente et de partager les bénéfices qui pourraient en résulter, étaient en état de communauté, quand même elles l'auraient revendu avec bénéfices (D. 1852. I. 323) (1).

C'est un point que Pothier n'a pas reconnu, entraîné qu'il était par la qualité de quasi-contrat qu'il attribuait à la communauté ; et tel est le danger de son opinion qu'il ne voit d'autre différence entre la société et la communauté que la diversité de leur origine. « La principale différence, dit-il, entre la société et cette espèce

1. Laurent. XXVI, n. 432.

« de communauté c'est que la société est un contrat et
« que la communauté qui en résulte est formée par la
« volonté et le consentement des parties. Au contraire
« cette espèce de communauté n'est pas un contrat et
« elle se forme sans la volonté et le consentement des
« parties ». Et il ajoute après avoir indiqué cette nouvelle
différence que « la société est toujours formée par un seul
« et même titre qui est le contrat de société, au lieu
« que cette espèce de communauté sans société peut se
« former par un même titre ou par différents titres », il
ajoute, « qu'à ces différences près la société et cette es-
« pèce de communauté conviennent entre elles. »

Mais ce qui prouve bien que c'est par inadvertance que
notre auteur a reconnu cette nature juridique à la com-
munauté, c'est qu'il répudie lui-même les conséquences
de son système. Nous voyons en effet qu'il n'accorde pas
l'action *pro socio* aux communistes, ce qui devrait avoir
lieu s'ils étaient véritablement obligés les uns envers les
autres.

Il faut donc soigneusement distinguer la communauté
et la société, car les rapports des communistes et des
associés ne sont pas les mêmes.

§ II. — *Ses différences avec la Société.*

La différence caractéristique entre la communauté et
la société se trouve marquée en l'article 1832 ; c'est que
cette dernière est contractée en vue de faire des bénéfices,
c'est que les parties poursuivent toujours un but ulté-

rieur et commun qui est d'acquérir, de réaliser des bénéfices et ne considèrent l'association que comme un moyen d'atteindre ce but, tandis que la communauté n'implique aucune action, aucune espérance collective.

« Ce n'est pas assez, dit Domat, pour former une société que deux ou plusieurs personnes aient quelque chose de commun entre eux, comme les cohéritiers d'une même succession, légataires, donataires ou acquéreurs d'une même chose. Car ces manières d'avoir quelque chose de commun entre plusieurs ne renfermant pas le choix réciproque des personnes ne les lient pas en société ». Et plus loin : « Si deux ou plusieurs personnes voulant acheter une même chose conviennent pour ne pas enchérir de l'acheter tous ensemble ou par l'un d'eux ou par une personne tierce ; cette convention leur rend commune la chose achetée, mais ne les lie point en société. Car ils ne sont pas liés par le choix réciproque des personnes, mais seulement par la chose qu'ils ont en commun (1) ».

Il existe d'autres différences. Ainsi l'associé agissant au nom de la société engage ses associés de plein droit, à moins qu'il n'ait fait un acte interdit ou dépassant les limites de la simple administration. Dans la communauté au contraire chacun ne représente que soi et ne peut engager que soi à moins d'un mandat positif.

L'association, augmentant par le groupement les forces des individus, permet de produire plus et à meilleur marché. Elle constitue un puissant instrument de travail, sans

1. Domat. *Lois civiles*, L. I. T. VIII, n. 2 et 7.

lequel de nombreuses entreprises seraient irréalisables, et comme la fortune publique n'est que la résultante des fortunes privées, l'état est intéressé à voir des sociétés se former dans son sein. C'est pourquoi le Code permet d'établir une société pour une durée quelconque, tandis que la communauté, loin d'augmenter la richesse ne faisant qu'en retarder l'accroissement, ne peut être prolongée que pour cinq ans, sauf renouvellement de cette convention.

La société à moins de convention contraire est dissoute par la mort d'un des associés (art. 1865), parce que la communauté est un contrat fait *intuitu personæ*, un contrat pour la conclusion duquel la personne des associés est prise en considération telle qu'il n'aurait pas été formé, si tous les associés n'avaient pas été assurés que chacun d'eux apporterait ses lumières et mettrait ses talents au service de l'association. Au contraire les héritiers des communistes prennent sa place de plein droit et succèdent à sa quote-part indivise, sans qu'il en résulte la nécessité d'un partage.

La communauté étant seulement un fait, n'établissant pas de relations juridiques entre les communistes, donne seulement naissance à l'action *communi dividundo* ou *familie erciscundæ* tendant à faire déterminer la part de chacun, suivant que la chose indivise est un objet individuel ou une *universitas juris*. La société étant un contrat, en outre de ces actions, engendre l'action *pro socio*, qui s'applique à tous les engagements mutuellement contractés par les associés les uns envers les autres.

Il y aurait une différence encore plus caractéristique,

si l'on décidait que la société est une personne morale ; car dans ce cas ce ne sont pas les associés qui sont propriétaires du fonds social, c'est la société ; les associés n'ont qu'un droit mobilier, conformément à l'article 529, un droit de créance et non un droit réel de propriété. Mais cette opinion, que nous n'avons pas à examiner et qui a été soutenue par M. Duranton et Bugnet et vivement attaquée par M. Demante, Valette et Aubry et Rau, est aujourd'hui universellement rejetée, de telle sorte que nous ne pouvons indiquer cette nouvelle différence entre la société et la communauté.

Après avoir déterminé la nature juridique de la communauté et les différences qu'elle peut présenter avec la société, nous devons étudier la situation des copropriétaires d'une chose individuellement déterminée. Ce sont ces explications qui feront le sujet du chapitre suivant.

CHAPITRE II

DROITS ET OBLIGATIONS DES COPROPRIÉTAIRES D'UNE CHOSE INDIVIDUELLEMENT DÉTERMINÉE ENTRE EUX

Chaque communiste est propriétaire de sa quote-part idéale, et il peut exercer sur elle tous les droits que confère la propriété, sans avoir à s'occuper des autres ; car seul il a des droits sur cette quote-part. Il peut donc l'aliéner à titre gratuit ou à titre onéreux, sans que ses copropriétaires puissent exercer le retrait. En effet les motifs, qui ont fait édicter l'article 841, ne se trouvant pas dans la situation qui nous occupe, ne permettent pas d'étendre en dehors de la matière des Successions cette faculté vraiment exorbitante, puisqu'elle aboutit à une expropriation pour cause d'intérêt privé. — « Attendu, » dit la Cour de Paris (S. 1836. II. 458), que l'article 841 « C., qui permet d'écarter du partage le cessionnaire » non successible, contient une disposition spéciale et « toute exceptionnelle, créée dans le but d'empêcher des » étrangers de pénétrer dans les secrets des familles..... »

Les créanciers de chaque communiste peuvent faire procéder à la saisie et à la vente de sa quote-part sans avoir au préalable fait déterminer sa part matérielle par un partage. Il y en a plusieurs raisons.

Et d'abord la rédaction de l'article 2205 prouve bien qu'il ne s'applique qu'aux universalités (D. 1852. II. 1).

De plus l'article 2205 n'est qu'une exception à la règle posée dans l'article 2204, suivant lequel le créancier peut, sans distinction et sans l'accomplissement d'aucune condition préalable, saisir les immeubles appartenant à son débiteur. Il ne faut donc pas étendre la disposition qu'il contient en dehors de l'exception formellement prévue par son texte.

Enfin cet article 2205 a, relativement à l'indivision entre cohéritiers, une raison d'être qui est sans portée relativement aux autres communistes. En effet une succession se compose de meubles et d'immeubles, de droits corporels et incorporels. Par l'événement du partage il peut arriver que le cohéritier débiteur n'ait aucune part dans les immeubles, ce qui rend la saisie-immobilière impossible. Il est donc naturel que le législateur ait restreint le droit d'expropriation à l'égard des immeubles indivis dépendant d'une succession. Mais il n'en est pas de même relativement aux immeubles indivis à un autre titre que celui de cohéritier.

Ainsi il a été jugé que l'article 2205 n'est pas applicable au cas d'indivision entre deux coacquéreurs, chacun pour moitié, d'un immeuble, alors qu'ils ne possèdent pas d'autres immeubles en commun, et cela encore bien que l'on admettrait que la disposition de l'article 2205 n'est pas limitative, et que par suite est valable, sans qu'il y ait lieu à provoquer le partage ou la licitation, la saisie immobilière pratiquée par le créancier de l'un des coacquéreurs sur sa part indivise dans l'immeuble acheté en commun (D. 1852. II. 1).

MM. Duranton (1) et Delvincourt sont de cet avis. Voici comment s'exprime le dernier : « Entre cohéritiers ou « coassociés il peut très bien arriver par l'effet du partage « que le cohéritier ou coassocié débiteur n'ait rien dans « les immeubles de la succession ou de la société, et alors « ce créancier faisant saisir avant partage il se trouve- « rait qu'il a fait saisir ce qui n'appartenait pas à son « débiteur. Il n'en est pas de même du copropriétaire ; « il ne peut pas ne pas avoir une part dans l'immeuble, « ou au moins dans le prix. Par la même raison un cohé- « ritier ou coassocié ne pourrait, avant le partage, vendre « sa part dans les immeubles de la succession ou de la « société, ou au moins cette vente, quant à son effet, « serait subordonnée à l'effet du partage et deviendrait « nulle, s'il ne tombait aucun immeuble dans le lot du « vendeur. Tous les jours, au contraire, un coproprié- « taire vend la partie indivise qu'il a dans un immeuble, « et cette vente transfère à l'acquéreur la propriété cer- « taine et irrévocable de cette même part. L'on ne voit « donc pas pourquoi cette même part ne pourrait pas être « vendue à la requête de ses créanciers ».

La quote-part indivise de chaque communiste peut être grevée de son chef de servitudes ou d'hypothèques dont l'efficacité est subordonnée au résultat du partage. Si l'immeuble tombe dans le lot du constituant ou lui est adjudgé sur licitation, ces constitutions de droits réels seront valables, parce qu'il sera considéré comme ayant toujours été seul et unique propriétaire de l'immeuble, en raison

de l'effet rétroactif que l'article 883 attache au partage. Au contraire, si l'immeuble est attribué à l'autre communiste, ces mêmes droits réels ne vaudront pas comme étant constitués *a non domino*.

Enfin, en supposant que la chose indivise soit possédée par un tiers détenteur en voie de prescrire, chaque communiste peut, avant que le partage soit fait, intenter contre lui une action tendant à empêcher l'accomplissement de la prescription. Ce ne sera pas par une action en revendication qu'il agira ; il y en a deux raisons : d'abord la revendication ne s'applique qu'aux choses matérielles, et dans le cas qui nous occupe il s'agit d'une quote-part idéale ; de plus la revendication n'appartient qu'au propriétaire, et ce n'est que par le partage que l'on saura si le communiste agissant était vraiment propriétaire. Mais, comme il a un droit indivis et qu'il peut prendre toutes les mesures conservatoires de ce droit, il assignera le tiers détenteur pour l'obliger à reconnaître son droit de copropriété. Dès que le partage aura été fait, le communiste, auquel aura été attribué l'immeuble indivis, pourra intenter une véritable action en revendication tendant au délaissement de l'immeuble.

De ce que chaque communiste n'a qu'une quote-part idéale, que ce n'est pas une chose matérielle qui est à sa disposition, il ne peut faire d'innovations sur l'immeuble indivis sans le consentement de ses consorts, parce que, chacun d'eux ayant un droit égal, ce droit est limité par celui des autres. Il faut appliquer la règle : *In pari causa melior est causa prohibentis* ; par conséquent si l'un d'eux assigne les autres à l'effet de se voir dire qu'ils

doivent accepter l'innovation projetée, il doit être débouté de sa demande, et le juge maintiendra le *statu quo*.

Ce n'est pas l'avis de M. Troplong (Société, n° 26). L'éminent auteur enseigne que la règle de l'article 1859, suivant laquelle l'un des associés ne peut malgré les autres faire sur le fonds social des innovations même avantageuses à la société, n'est pas applicable en matière d'indivision. « Dans la communauté, dit-il, chacun jouit
« pour soi, pour sa commodité, pour son bien-être, sans
« avoir à s'occuper des autres communistes, sans s'in-
« quiéter d'un but commun auquel il faudrait sacrifier
« son intérêt particulier. »

Un arrêt de la Cour de Metz (D. 1857. II. 196), sans aller aussi loin, décide cependant : « Que s'il existe
« quelque analogie entre les intérêts de la communauté
« et ceux de la société dont s'occupe l'article 1859 C., il
« n'y a lieu d'appliquer cependant aux innovations sur la
« propriété commune, la règle posée dans le 4° de l'article
« précité, qui interdit à l'un des associés ces innovations
« même quand il les soutiendrait avantageuses à la société,
« si les autres n'y consentent : qu'il est évident que, dans
« la communauté où ne se font pas sentir les mêmes né-
« cessités de sacrifice individuel à un intérêt social, il y
« aurait injustice et presque atteinte au droit de propriété,
« si une innovation notoirement utile à l'un des commu-
« nistes pouvait être empêchée par la prohibition arbi-
« traire ou vexatoire d'un autre communiste. »

Nous ne pouvons nous rallier à cette doctrine. Elle nous paraît trop contraire à cette idée, qui est la base de toutes les théories sur la communauté, que tous les communis-

tes sont égaux en droits et que ces droits se limitent l'un par l'autre. Pour nous, chacun des copropriétaires ayant son droit propre dans la chose commune, un seul peut empêcher par son dissentiment les innovations que les autres croiraient utiles, sauf dans le cas où il serait prouvé qu'elles sont nécessaires à la conservation de la chose.

Alors le communiste innovant serait en droit d'exiger des autres la prestation de la charge qui leur incombe à raison de leur propriété. Il pourrait les assigner à l'effet de se voir condamner à contribuer proportionnellement à leur part aux dépenses nécessitées par la conservation de la chose.

Et qu'on ne dise pas que, les communistes n'étant pas obligés les uns envers les autres, il ne peut pas exister d'action pour réclamer la prestation d'une obligation qui n'existe pas. Ce serait jouer sur les mots. Nous reconnaissons que les communistes ne sont pas obligés les uns envers les autres ; mais qu'on remarque bien ceci, c'est que si l'un des communistes avait fait les frais occasionnés par la conservation de la chose, il pourrait les répéter des autres (arg. anal., art. 1859, 3^o) proportionnellement à leur part, et pour le tout, déduction faite de la somme qu'il doit supporter, puisqu'il s'agit de dépenses nécessaires. Si donc on lui accorde une action pour contraindre les autres à supporter les frais de conservation une fois faits, il est logique de lui en reconnaître une pour les obliger à participer aux dépenses à faire dans ce but.

« Chacun des quasi-associés, dit Pothier (Société, n^o 192),
« est obligé de contribuer pour la part qu'il a dans la

« communauté, aux réparations qui sont à faire aux choses communes, à moins qu'il ne voulût abandonner la part qu'il a dans la chose. »

Pothier reconnaît que chaque communiste doit supporter sa part dans les frais de réparation. Mais il permet au communiste de se libérer de cette obligation en faisant l'abandon de sa part. Il nous semble que cette dernière solution n'est guère en rapport avec ce qu'il a dit sur la nature juridique de la communauté. Il l'a assimilée à la société ; mais est-ce qu'un associé pourrait ainsi se départir de ses obligations ? Certainement non ; il est lié par son contrat et il doit en supporter toutes les conséquences. Pour nous au contraire qui ne voyons dans la communauté qu'un état purement passif, cette solution s'impose, et pas seulement pour les dépenses postérieures à l'abandon, dépenses seules auxquelles Pothier a pu penser, mais même pour les frais antérieurs. Les communistes, encore une fois, ne sont pas liés les uns envers les autres ; ils ne sont réunis que par la chose. Ce qu'on appelle l'obligation des communistes n'est pas autre chose qu'une charge de la propriété, qui doit cesser quand la propriété cesse. L'article 656 fournit un puissant argument d'analogie en décidant qu'un propriétaire d'un mur mitoyen peut se dispenser des reconstructions et réparations en faisant l'abandon de la mitoyenneté.

L'avis de la majorité ne lie pas la minorité. L'opinion de Lebrun (*Successions*, L. IV, C. I, n° 23) n'est pas admissible. « La plus forte voix des cohéritiers, dit-il, doit prévaloir : et s'ils ont un intérêt égal dans la chose, cela dépendra du nombre : Si c'est un intérêt inégal,

« l'on aura plus d'égard au suffrage de ceux qui ont un
« intérêt plus considérable ».

Cette solution a été consacrée par l'article 826. Mais cette disposition est exceptionnelle et ne peut être étendue; car tous les communistes ont un droit égal, et pour que l'un d'eux fût contraint de céder à la volonté des autres, il faudrait un texte formel.

Nous décidons en conséquence que les tribunaux n'auraient pas qualité pour décider sur la demande de la majorité des communistes ce qui peut être le plus avantageux et pour forcer l'un d'eux à contribuer à une innovation qui lui répugne. Les tribunaux sont institués pour interpréter les conventions des parties, mais non pour suppléer le consentement de ceux qui ne veulent pas le donner. La chose commune devra donc rester dans l'état où elle se trouve.

Cette décision n'est pas seulement applicable à la communauté; elle l'est aussi à la société. L'un des associés, dit l'article 1859, ne peut faire d'innovations sur les immeubles dépendants de la société, même quand il les soutiendrait avantageuses à cette société, si les autres associés n'y consentent. Mais il existera entre ces deux situations, qui au premier abord présentent tant de points de contact, une différence profonde provenant de leur nature diverse.

En effet, le communiste, qui voudrait faire l'innovation, pourra toujours user de la faculté que lui accorde l'article 815, parce qu'il ne s'est pas engagé à rester copropriétaire; il l'est et continuera de l'être tant que cela lui plaira; mais dès qu'il croira de son intérêt de sortir de

l'indivision, rien ne pourra l'en empêcher. Cela résulte de ce que la communauté, comme nous l'avons déjà dit, n'est qu'une situation de fait, qui ne peut se maintenir que du consentement de tous les communistes. Il demandera donc le partage de la chose indivise et pourra ensuite faire toutes les innovations qu'il lui plaira sur la partie qui aura été mise dans son lot.

Au contraire les associés se sont obligés à rester dans la société pour tirer un bénéfice de la chose commune et se le partager. Il ne s'agit plus d'une situation de fait, mais d'une situation résultant d'un contrat, prévue et réglée par lui ; et par conséquent les associés ne peuvent s'en départir que du consentement de tous, conformément à l'article 1134. Ce sont des copropriétaires dont le droit est paralysé pendant la durée de la société, suivant l'expression de M. Laurent (XXVI, n° 436). Ils ne peuvent pas demander le partage avant que le temps pour lequel la société a été contractée ne se soit écoulé ; ils s'y sont réciproquement engagés les uns envers les autres.

Il résulte encore de ce que la communauté n'est qu'un état purement passif que les actes d'administration faits par l'un des communistes ne lient pas les autres, à moins qu'il n'ait reçu mandat à cet effet. Ainsi le bail consenti par l'un des deux n'est pas opposable aux autres. L'article 1859 1° n'est pas applicable.

De même un communiste qui chargerait un entrepreneur de faire des réparations à la chose indivise serait seul tenu. L'entrepreneur n'aurait pas d'action directe pour obliger les autres à payer leur part dans la dépense. Ne s'étant pas obligés, ils ne sont pas ses débiteurs. Et

le communiste qui aurait payé sur les poursuites de l'entrepreneur n'aura pas l'action *mandati contraria* pour répéter les frais que les réparations ont pu lui occasionner, comme l'aurait un associé. Il n'a que l'action *de in rem verso* (1), et dans ce cas il ne sera indemnisé que jusqu'à concurrence du profit qu'il aura procuré à ses copropriétaires. Et voici comment M. Duvergier explique cette différence entre la société et la communauté (T. XX, n° 39) : « La formation de la société est non seulement
« un acte spontané de la volonté, mais encore un témoi-
« gnage de confiance réciproque. Il est tout naturel que
« chacun obtienne de ses cointéressés et qu'il leur accorde
« le pouvoir d'administrer la chose commune. C'est donc
« avec raison que le législateur admet que telle a été
« l'intention des contractants. Entre communistes que le
« hasard unit, rien ne justifie pareille supposition. »

Il va sans dire que l'entrepreneur, au cas où il ne serait pas payé par son débiteur devenu insolvable, pourrait, ainsi que l'article 1166 lui en donne le droit, user de l'action qu'aurait ce dernier contre ses copropriétaires pour se faire indemniser de ses déboursés ; mais comme cette faculté d'exercer les actions de leur débiteur appartient à tous les créanciers, il serait obligé de partager avec les autres créanciers de son débiteur le bénéfice qu'il aurait retiré de l'exercice de cette action contre les autres communistes.

Un communiste n'ayant pas d'obligation envers les autres, nous déciderons que l'article 1849 ne lui est pas

1. Laurent. XXVI, n° 440.

applicable, pas plus que l'article 1848 ; par conséquent il ne sera pas tenu de partager avec les autres ce qu'il a reçu pour sa part d'un débiteur devenu plus tard insolvable, à moins qu'il n'ait été spécialement chargé du recouvrement de cette créance, auquel cas, mandataire ayant rempli son mandat avec négligence, il devrait des dommages-intérêts à son mandant. De même, s'il a une créance particulière sur un débiteur commun et que cette créance qui lui est propre soit exigible en même temps que la créance commune, il n'est pas obligé de faire l'imputation de ce qu'il reçoit sur sa créance et sur la créance commune, comme cela aurait lieu s'il s'agissait d'associés. Il gardera tout ce qu'il aura touché ; car il n'est pas tenu de veiller aux intérêts de ses cocréanciers.

Chaque copropriétaire est autorisé à jouir de la chose commune, conformément à sa destination et à charge de ne point empêcher ses consorts d'en user selon leur droit. « C'est un principe général, dit Pothier (*Société*, « n° 207), que la communauté d'une chose donne à chacun « de ceux à qui elle appartient en commun le droit de « s'en servir pour les usages auxquels elle est par sa « nature destinée, avec ce tempérament néanmoins qu'il « en doit user en bon père de famille et de manière qu'il « ne cause aucun préjudice à ceux avec qui la chose lui « est commune et qu'il n'empêche point l'usage qu'ils « en doivent pareillement avoir ». Ainsi donc ce droit de jouissance est subordonné à deux conditions : 1° que la destination de la chose ne soit pas changée ; 2° qu'il ne soit pas porté atteinte au droit des autres communistes. Ces deux conditions proviennent toujours du même

principe. Les communistes étant tous sur le même pied, ayant tous un droit égal sur la chose, les innovations ne peuvent se faire que du consentement de tous, la majorité n'ayant pas le pouvoir d'imposer sa volonté à la minorité, comme nous l'avons déjà dit.

Ainsi il a été jugé par la Cour de Chambéry (D. 1871. II. 32) qu'un chaudronnier n'a pas le droit d'installer ses entrepôts et établis dans une cour commune destinée principalement à servir de passage, ni de s'y livrer aux travaux de sa profession, « attendu, dit la Cour, que s'il « est vrai que le propriétaire d'un immeuble indivis a un « droit sur chaque parcelle de cet immeuble et peut en « user, il n'en est pas moins certain qu'il ne peut le « faire que sans abus, sans nuire au droit égal compétant « au copropriétaire et surtout sans nuire à la destination de « la chose indivise ; qu'il est à remarquer à cet égard « qu'en règle générale les obligations qui naissent du « voisinage sont plus rigoureuses lorsqu'il s'agit d'une « propriété indivise que celles qui existent entre voisins « dont les propriétés sont distinctes et séparées. »

Mais de même qu'un communiste ne peut porter atteinte au droit de jouissance de ses consorts, de même ceux-ci ne peuvent mettre obstacle à ce qu'il use de la chose indivise, à moins que cela ne leur cause quelque préjudice. A cette copropriété en effet sont attachés les attributs ordinaires de la propriété sous la seule réserve des droits communs et égaux qui appartiennent à l'autre copropriétaire ; et le droit pour chacun d'user et de jouir de la chose commune ne saurait dépendre du consentement de son communiste, pourvu que le mode d'usage et de jouissance

n'en dénature point la destination et ne cause d'ailleurs ni dommage ni trouble de possession à l'autre ayant-droit (S. 1875. I. 381.)

Un arrêt de la Cour de Cassation fait l'application de ces principes. La Cour décide que le riverain copropriétaire d'un canal commun à diverses industries ne fait point abus de son droit au préjudice des autres intéressés, quand il déverse dans ce canal, à l'aide d'un aqueduc, les eaux d'une teinturerie, même non riveraine, lui appartenant, si elles n'y parviennent que dégagées de toutes leurs impuretés, et si elles ne passent devant les établissements des autres copropriétaires qu'après avoir repris leur limpidité primitive (D. 1869. I. 195).

Dans quelle mesure les communistes devront-ils se partager les fruits ou revenus de la chose indivise ? Si le titre d'acquisition indique la base de répartition, ils se les partageront dans cette proportion. Si au contraire le titre est muet à ce sujet, il est logique de décider que cette répartition se fera proportionnellement à la part que chacun a dans la propriété. Et comme les dépenses d'entretien sont la charge des revenus, nous devons en tirer cette conséquence que c'est également dans cette mesure que les frais des réparations doivent être supportés par les communistes.

Il va sans dire qu'un communiste, qui aurait perçu tous les fruits ou bien une part plus grande qu'il ne lui en revient, en serait responsable envers les autres. Ce ne serait pas par l'action *pro socio* qu'ils pourraient se faire rembourser, puisque, comme nous l'avons déjà dit, il n'existe entre les communistes aucune obligation qui puisse lui

servir de fondement ; mais ce serait par une action en dommages-intérêts fondée sur l'article 1382. En effet la perception en trop par l'un des communistes cause aux autres un préjudice que l'article 1382 le met dans l'obligation de réparer.

CHAPITRE III

DROITS ET OBLIGATIONS DES COHÉRITIERS ENTRE EUX

Après avoir déterminé les effets de l'indivision sur une chose individuellement déterminée, nous devons étudier ces mêmes effets sur cette masse de biens, droits et actions, sur cette *universitas juris* qui porte le nom de succession.

Quand il n'y a qu'un seul héritier, dès l'instant où s'ouvre la succession, c'est-à-dire au moment du décès du *de cuius*, cet héritier, qu'il connaisse ou non l'ouverture de la succession, qu'il le veuille ou ne le veuille pas, est saisi, dit l'article 724, des biens, droits et actions du défunt.

Cette saisine, que l'on pourrait appeller une investiture légale et instantanée de l'héritier dans les droits du défunt, produit quatre effets :

Elle fait acquérir immédiatement à l'héritier tous les biens et tous les droits du défunt.

Elle le fait réputer possesseur de tous ces biens avant qu'il ne se soit produit aucun fait d'appréhension.

Elle lui permet de transmettre cette succession avec la sienne, avant même qu'il l'ait acceptée, quand même il aurait ignoré la mort du *de cuius*, sous la seule condition

qu'il ait survécu à ce dernier, ne fût-ce que de quelques instants.

Elle le constitue continuateur de la personne du défunt; il s'identifie pour ainsi dire avec lui. Ainsi sa possession présentera les mêmes caractères que celle de ce dernier. Si le défunt ne pouvait prescrire, parce ce que sa possession était infectée de quelque vice, celle de l'héritier n'étant que la suite, la continuation de cette possession, il ne pourra pas davantage arriver à la propriété par la prescription. De même, le *de cujus* et l'héritier ne faisant pour ainsi dire qu'une seule et même personne, ce dernier sera tenu des obligations du défunt comme il l'était lui-même, c'est-à-dire indéfiniment, et comme personne ne peut avoir deux patrimoines, celui du défunt et de l'héritier se fondant entre les mains de ce dernier pour n'en plus former qu'un seul, les créanciers du défunt pourront poursuivre l'héritier non pas seulement jusqu'à concurrence des biens qu'il a recueillis dans la succession, mais jusqu'à complet épuisement de ses biens propres.

Tels sont les effets de la saisine; mais nous devons ajouter pour être exacts que la transmission des droits et obligations du défunt ne se produit que s'il s'agit de droits et obligations susceptibles de passer du *de cujus* à l'héritier. C'est ainsi que ce dernier n'acquiert pas l'usufruit ou la rente viagère appartenant à son auteur, parce que ce sont des droits qui se sont éteints à la mort du titulaire. Il en est de même des biens dont la propriété par le défunt est soumise à la condition résolutoire de son décès; ainsi le défunt avait reçu une donation pour laquelle le donateur

avait stipulé le droit de retour à son profit au cas du prédécès du donataire, conformément à l'article 951. Si le donataire meurt avant le donateur, l'effet de ce prédécès étant de donner ouverture à ce droit du retour, il est certain que ces biens n'ont pas pu être transmis à l'héritier, puisque dès le moment de sa mort le donataire cessait d'en être propriétaire. Ces biens reviendront donc au donateur francs et quittes de toutes charges, sauf l'hypothèque légale de la femme du donataire pour assurer le recouvrement de sa dot et de ses conventions matrimoniales, laquelle n'est même que subsidiaire, c'est-à-dire ne grève les biens donnés que si les autres immeubles de l'époux donataire ne suffisent pas à remplir la femme de ses reprises et n'existe que si la donation a été faite par contrat de mariage.

Tels sont les droits et obligations résultant d'une succession quand il n'y a qu'un seul héritier. Voyons ce qui en est quand il y en a plusieurs.

Les mêmes effets se produisent lorsqu'il y a plusieurs héritiers, c'est-à-dire plusieurs personnes appelées conjointement et simultanément à la même hérédité. Ils sont tous saisis de leur part héréditaire comme un héritier unique est saisi de la succession entière, et chacun d'eux par rapport à sa part a les mêmes droits qu'un héritier unique sur toute l'hérédité, de même qu'il a les mêmes obligations à remplir.

Mais de ce qu'il sont plusieurs et de ce qu'ils ont des droits égaux sur la succession, ils sont dans l'indivision ; car si la loi a pu déterminer la part qui revenait à chacun, celle pour laquelle il est saisi et représente le défunt,

elle n'a pu indiquer quelle doit être la composition des lots, elle n'a pas pu attribuer à chacun la portion de meubles et d'immeubles à laquelle il a droit. Pour cela une opération matérielle est nécessaire. C'est ce qu'on appelle le partage. Le partage est donc l'acte qui fait cesser l'indivision et qui détermine quels sont les biens auxquels chaque héritier est censé avoir succédé seul au défunt.

C'est donc la période qui est délimitée par l'ouverture de la succession jusqu'au partage que nous devons étudier. Ce sont les droits et obligations des héritiers entre eux qui va faire l'objet de ce chapitre.

Pour nous, comme nous l'avons déjà dit à propos des copropriétaires d'une chose individuellement déterminée, l'indivision ne constitue pas, ainsi que le dit Pothier, un quasi-contrat, lequel aurait pour base dans le cas qui nous occupe l'acceptation par les cohéritiers de la succession. C'est un simple fait résultant de ce que la loi a appelé plusieurs personnes à cette succession, et pas autre chose.

Chaque cohéritier est donc propriétaire de sa part indivise, de sa quote-part idéale, et il n'a pas besoin du consentement des autres pour exercer sur elle tous les droits que confère la propriété, sauf ceux qui sont incompatibles avec sa nature immatérielle.

Il peut donc l'aliéner à titre gratuit ou à titre onéreux, sans que ses cohéritiers puissent s'y opposer. Il n'ont d'autre ressource que celle d'user contre le cessionnaire de la faculté que leur accorde l'article 841. Ils peuvent l'écarter du partage en lui remboursant ses frais d'ac-

quisition, ce qui donne à entendre qu'ils n'auraient aucun moyen d'exécuter pareille expropriation contre un cessionnaire à titre gratuit. Nous avons refusé cette faculté du retrait au copropriétaire d'une chose indivise. Si en effet elle a été admise en matière successorale, c'est qu'on ne voulait pas permettre à un étranger de pénétrer dans les secrets des familles en assistant au partage, et justement cette raison, la seule qui puisse défendre le retrait, ne se trouve pas dans un partage d'une chose individuelle. Nous n'avons pas besoin de faire remarquer que cette faculté ne peut être exercée que contre une personne qui n'a d'autre titre que sa cession pour assister au partage. Un héritier qui aurait acquis à titre onéreux la part d'un autre ne pourrait donc pas être retrayé.

En supposant qu'un des immeubles héréditaires soit possédé par un tiers en voie de l'acquérir par prescription, chaque cohéritier peut-il dès avant le partage revendiquer sa part dans cet immeuble, telle est la question que fait naître l'application du principe de la rétroactivité du partage ?

Écartons d'abord un point qui ne peut faire de doute. Il est certain que si tous les cohéritiers intentent la revendication ensemble, elle ne peut être rejetée, parce que à eux tous ils représentent le défunt absolument comme s'il vivait encore, sont propriétaires comme lui et peuvent agir exactement comme il l'aurait fait lui-même. On ne peut pas en effet leur faire à eux réunis l'objection que l'on peut faire à l'un d'eux agissant seul, que la revendication n'appartient qu'au propriétaire et que, si chacun des objets qui com-

posent la succession est soumis à son droit par rapport au tout, il lui est impossible de désigner une part matérielle sur laquelle il ait un droit exclusif, puisque dans chaque partie il ne lui appartient qu'une fraction, et qu'il ne se rencontre pas une seule partie de l'hérédité dont il puisse dire: Ceci est à moi pour le tout, et que dès lors il est impossible d'admettre en sa faveur un droit d'action individuel vis-à-vis des tiers avant le partage.

Mais si nous supposons qu'un héritier agisse seul, sa demande est-elle recevable ?

M. Laurent (T. X, n° 214) ne le pense pas. « Cette doctrine, dit-il, nous paraît contraire aux principes qui régissent la propriété et la revendication. Qu'est-ce que la revendication ? C'est l'exercice du droit de propriété ; or l'héritier du propriétaire n'a pas la propriété des immeubles qui composent l'hérédité ; il n'y a qu'un droit indivis, droit qui s'évanouit entièrement par le partage si l'immeuble ne tombe pas dans son lot, donc il n'y a pas lieu à revendication. A quoi tend cette action ? le demandeur conclut à ce que le défendeur soit obligé à délaisser la chose. Or le propriétaire indivis peut-il demander que le possesseur lui délaisse la chose, alors qu'il n'a aucun droit exclusif sur cette chose. »

Ainsi il a été jugé que tant qu'il n'y a pas eu liquidation et partage de la succession un cohéritier est non recevable « à revendiquer contre un tiers sa part indivise dans un immeuble qu'il prétend appartenir à la succession, par la raison que si chaque héritier a droit dans les biens d'une succession à une portion proportionnelle que lui donne dans l'hérédité son titre

« d'héritier; ce droit ne se convertit en propriété réelle
« et effective que par le partage, qui détermine les biens
« qui tombent au lot de chaque héritier, les biens aux-
« quels il est censé avoir succédé seul (1). »

Nous préférons l'opinion contraire qui est professée par MM. Aubry et Rau (§ 620) et Demolombe (T. XV. n° 481). Évidemment le cohéritier demandeur ne conclura pas à un délaissement, qui ne peut s'appliquer qu'à une chose matérielle, qui ne se comprendrait même pas en ce qui concerne une part idéale, et en cela nous reconnaissons que la qualification de revendication appliquée à l'action qui nous occupe n'est pas très heureuse. Mais quant à l'action en elle-même, qu'elle porte un nom ou un autre, nous ne croyons pas qu'on puisse la refuser au cohéritier. Il a un droit, il doit pouvoir le faire reconnaître, que ce soit un droit exclusif ou un droit indivis. « La possibilité, dit M. Demolombe, que l'objet revendi-
« que ne tombe pas dans le lot de l'héritier demandeur
« ne saurait fournir au défendeur une fin de non-rece-
« voir ; car, en l'état, il n'en est pas moins certain que
« le cohéritier a un droit indivis, qui ne forme, si l'on
« veut, pour lui dans l'effet commun une part idéale plu-
« tôt que réelle, mais enfin un droit, et qu'il est fondé
« dès lors à en assurer tout à événement la conservation. » Il serait en effet illogique de refuser à une personne qui a un droit, de prendre les mesures conservatoires de ce droit, alors que l'article 1180 le permet au créancier avant que la condition soit accomplie, alors, par con-

1. S. 1832. II. 151. S. 1844. II. 121.

séquent, qu'il n'a que l'espérance de devenir créancier.

Comme nous l'avons dit plus haut, cette action n'amènera pas la rentrée en possession du cohéritier dans l'immeuble revendiqué, mais elle produira cet effet important que la prescription sera interrompue.

Nous avons dit précédemment que chaque héritier avait la libre disposition de sa quote-part indivise, sauf que les autres pouvaient retrayer l'étranger cessionnaire à titre onéreux. En serait-il de même d'un immeuble indivis, un cohéritier pourrait-il vendre un immeuble héréditaire? C'est certain, rien ne l'en empêche; mais est-ce à dire que l'acquéreur devienne propriétaire *hic et nunc*? Non, le cohéritier vendeur lui a cédé le droit qu'il avait sur l'immeuble, c'est-à-dire non pas l'immeuble lui-même, mais la chance qu'il soit mis dans son lot. La validité de cette aliénation est donc subordonnée au résultat du partage, par application de l'article 883.

Les mêmes principes devraient être appliqués au cas où l'héritier aurait constitué une servitude ou une hypothèque sur l'immeuble indivis.

Nous en avons terminé avec le droit de disposition que peuvent avoir les cohéritiers, voyons maintenant comment ils se comportent quant à la jouissance des immeubles héréditaires.

Ils auront pu faire un partage provisionnel, et dans ce cas, la propriété restant commune, la jouissance est privée, est propre. Chacun d'eux acquiert la propriété des fruits et revenus des biens qui ont été mis dans son lot absolument comme si le partage, au lieu d'avoir été fait

provisionnellement, avait été définitif et qu'il fût devenu par suite seul et unique propriétaire des biens dont il a été alloti.

Par conséquent les fruits ne seront pas soumis au rapport lors du partage définitif. Et même en supposant qu'en vertu du partage provisionnel l'un des cohéritiers ait été lésé, ait joui d'une portion moins considérable de fruits qu'il lui en revenait effectivement, cet héritier n'a droit à aucune restitution de fruits contre les autres, pourvu qu'ils fussent de bonne foi, c'est-à-dire qu'ils eussent cru jouir seulement de la portion qui leur était due, « attendu, dit la Cour de Nîmes, que les frères R. ont « joui de bonne foi en vertu d'une convention légale-
« ment formée, et qui, aux termes de l'article 1134, doit « tenir lieu de loi à ceux qui l'ont faite (1) » (art. 549).

Mais l'héritier aurait toujours le droit de faire tomber ce partage en prouvant que son consentement a été vicié par le dol ou lui a été extorqué par la violence.

Pour que la demande en restitution soit déclarée non recevable, il est nécessaire que l'héritier lésé soit majeur. Dans le cas contraire, l'héritier mineur, qui aurait souffert de cette division de jouissance, pourrait se faire restituer dans les dix ans de sa majorité et obliger ses cohéritiers à lui tenir compte de la portion de fruits dont il aurait été privé (2) (art. 1304).

C'est ce que dit Lebrun, (L. IV. Chap. I, n° 26) : « L'on « peut encore demander si le partage provisionnel

1. 2 août 1827. Nîmes.

2. Dutruc. *Successions*, n° 424. — articles 1118, 1304, 1305.

« exempté de la restitution des fruits celui des héritiers
« dont la condition avait été rendue plus avantageuse,
« quand l'on en vient ensuite à un partage définitif. Et il
« n'y aurait déjà pas de difficulté à l'égard des majeurs
« qui auraient fait un partage provisionnel, mais le mi-
« neur qui aurait été lésé dans un partage de cette sorte
« pourrait se faire restituer, et obliger ses cohéritiers de
« lui faire raison de l'excédent des fruits : ce qui aurait
« lieu encore même qu'il eût continué de jouir depuis sa
« majorité ; ce qui ne serait pas une fin de non-recevoir,
« lui suffisant de se pourvoir dans les dix ans de sa ma-
« jorité, parce qu'il était indispensable de continuer la pro-
« vision jusqu'au partage définitif ; et c'était une consé-
« quence nécessaire du partage provisionnel dont l'exécu-
« tion devait aller jusqu'au définitif. Or ce qui se fait en
« majorité par une suite nécessaire de ce qui s'est fait en
« minorité, ne fait point de fin de non-recevoir contre la
« restitution. »

S'il n'a pas été fait de partage provisionnel, les cohéritiers se partageront chaque année l'excédent des revenus sur les dépenses occasionnées par les réparations faites sur les biens héréditaires, et s'il y avait dans la succession quelque bien dont la jouissance fût de nature telle qu'elle ne pût être partagée, les cohéritiers le donneraient à bail pour se partager le prix du loyer.

Mais si un héritier avait joui de tous les revenus de la succession depuis son ouverture, il est certain qu'il devrait en faire la restitution ; c'est une solution qui est commandée non seulement par la maxime *Fructus augent hereditatem*, mais encore par ce principe de morale con-

sacré par l'article 1382 que celui qui a causé un dommage à autrui doit le réparer.

Cette question de restitution occasionne une difficulté. L'héritier devra-t-il ces fruits en qualité de débiteur de la succession, ou bien de sa perception ne résultera-t-il qu'une créance ordinaire contre lui? La question est importante. Si en effet l'on admet la première manière de voir, l'héritier devra faire le rapport de sa dette conformément à l'article 829 et, par suite, au cas où il ne pourrait remettre dans la masse de la succession une valeur en argent équivalente aux fruits par lui perçus, il devrait subir le rapport en moins prenant, c'est-à-dire abandonner jusqu'à concurrence de sa dette successivement sa part dans les meubles et les immeubles, ainsi que le prescrit l'article 869. Ce qui amènerait ce résultat que les cohéritiers créanciers, se payant par imputation de cette dette, seraient préférés sur la part de leur cohéritier débiteur à ses autres créanciers. Au contraire, si au lieu d'être une dette privilégiée, et nous nous servons de ce terme pour caractériser la manière spéciale dont son remboursement est garanti, cette dette ne produit au profit des cohéritiers que les droits ordinaires du créancier, il n'existe aucun des effets dont nous venons de parler.

M. Vazeille (*Successions*, n° 830), tient pour cette dernière opinion. « La reprise des jouissances, dit-il, opérée en « partage, de quelque manière que ce soit, augmente par « le fait le lot de l'héritier à qui elles sont dues; mais « dans le vrai elles ne sont point une part de la succession. Faites par un cohéritier elles ne sont pas d'une

« nature différente de celles qu'aurait eues un étranger.
« Aussi aucun article du Code n'ordonne de rapport de
« jouissance à la masse de la succession. Les articles
« 829 et 830 ne font pas mention de fruits et d'intérêts;
« et l'article 856 n'en parle que pour dire qu'ils ne sont
« dûs qu'à compter de l'ouverture de la succession. Il ne
« déclare pas qu'ils font partie de l'hérédité; il ne les
« unit pas, pour le rapport, aux fonds qui les ont pro-
« duits; il n'ordonne pas qu'ils entreront dans la masse
« commune de la succession. Les fonds ne sont pas natu-
« rellement et de droit, affectés par privilège à la garantie
« des jouissances dues par un cohéritier. Un privilège de
« cet ordre ne peut exister que par la disposition expresse
« de la loi. On ne saurait l'admettre, d'après une vieille
« sentence mal définie, que le Code n'a point répétée.
« M. Grenier ne voit qu'une créance ordinaire dans la
« répétition des fruits et intérêts entre cohéritiers. Cette
« créance nous a paru si peu favorable que dans notre *Trai-*
« *té des Prescriptions*, nous avons exprimé le désir qu'elle
« se prescrivît par cinq ans comme les fermages. »

La jurisprudence a partagé cette opinion, « attendu, dit
« la Cour de Grenoble, que si le législateur avait voulu
« attribuer au cohéritier, à qui il revient une restitution
« de fruits, un droit de propriété ou de revendication
« sur les immeubles de la succession, il l'aurait claire-
« ment expliqué; sa volonté aurait été consignée dans une
« disposition formelle; mais bien loin de trouver dans le
« Code civil une disposition semblable, on y voit, au
« contraire que, quelle que soit la nature des créances
« d'un héritier, il n'est jamais considéré à cet égard que

« comme un créancier ordinaire à qui il compète des sommes
« en argent, et non des immeubles, et que c'est sous ce
« rapport qu'un seul mode de libération est introduit,
« savoir le paiement en deniers (S. 1827. II. 117) (1). »

L'année suivante la jurisprudence est entrée dans une nouvelle phase. La Cour de Pau a fait une distinction. Les héritiers peuvent prendre sur la portion de leur cohéritier des immeubles en paiement des fruits par lui perçus, lorsque des tiers n'y sont aucunement intéressés, mais non autrement, « attendu, dit la Cour, que lorsqu'un cohéritier a perçu des fruits qui devaient revenir à son cohéritier, et qu'il ne peut pas lui en faire raison soit en argent soit en nature, il est juste alors d'accorder à ce dernier des immeubles à prendre sur la portion du premier jusqu'à concurrence de ce qui lui est dû à cet égard.

« Attendu qu'il doit en être autrement lorsque, comme dans l'espèce, des tiers sont intéressés au partage ; leurs droits étant indépendants ne sauraient être lésés par des prélèvements qui leur sont étrangers, la loi n'accordant aucune espèce de privilège (D. 1829. II. 77) ».

La Cour de Toulouse avait déjà adopté ce système (S. 1826. II. 105).

M. Laurent (X, n° 638) fait la même distinction. Il admet que les héritiers peuvent imputer leur créance sur la part de l'héritier débiteur et prélever une somme égale sur la masse de la succession, que c'est le droit commun entre eux conformément aux articles 829 et 830 ; mais

1. Agen, S. 1824. II. 71. Montpellier. S. 1827. II. 255.

ces articles n'ayant pour but que d'appliquer au paiement des dettes les règles établies par les articles 858 et suivants sur la manière de faire le rapport, ces articles ne faisant que traiter une question de liquidation entre cohéritiers, il est impossible d'admettre que ces prélèvements soient autorisés au détriment des créanciers de l'héritier débiteur. « En vertu de quel principe les héritiers « réclameraient-ils une préférence ? Ce serait un privilège, « et il n'y a pas de privilège sans loi », dit le savant auteur (X, n° 638), et plus loin. « Les cohéritiers ont une « double qualité. Ils sont copropriétaires et comme tels, « ils ont droit au partage des biens communs. Ils « sont aussi créanciers et comme tels, ils sont sur la « même ligne que les autres créanciers. Ils ne peuvent « pas opposer à ceux-ci leur droit de copropriété, puis- « que cette copropriété n'est pas en cause. »

Pour nous, nous pensons, contrairement à la première opinion, que les restitutions de fruits dues par un cohéritier sont soumises aux dispositions des articles 829 et suivants et par conséquent doivent être payées par voie de prélèvement sur la part de l'héritier débiteur, et, contrairement à la distinction que fait M. Laurent, que ces prélèvements peuvent être opérés même à l'encontre des créanciers personnels de l'héritier débiteur.

Et d'abord il en était ainsi dans notre ancienne jurisprudence. Voici comment s'exprime Domat : « L'héritier « qui, avant le partage se trouvera avoir joui d'un fonds, « d'une rente, ou autre bien commun de l'hérédité, doit « en rapporter les fruits et autres revenus qu'il aura per- « çus. Et l'héritier même qui se trouverait seul à jouir

« du total de l'hérédité pendant que ses cohéritiers ignorent leurs droits ou seraient absents, doit leur compter de ces jouissances (*Lois Civiles*, L. I. T. I. Section XII. n° 3). »

Le même auteur ajoute (L. I. T. I. V. Section II, n° 6) : « Outre les biens qui peuvent se trouver en nature dans l'hérédité au temps du partage, ou qui doivent s'y rapporter, la masse de l'hérédité doit être augmentée des fruits et revenus des biens communs dont chaque héritier peut avoir joui ; car il en doit compte suivant les règles expliquées dans l'article 3 de la Section XII des héritiers en général, et ces fruits font partie des biens de l'hérédité et sont sujets au partage. »

Lebrun (*Successions*, L. IV. Chap. I, n° 20) n'est pas moins explicite. « Il en est de même, dit-il, quand un des héritiers a joui des revenus d'un autre avant partage ; car celui à qui il doit ces jouissances a un privilège sur sa part et portion, et cette restitution fait partie de son lot. Que si l'on a partagé en lui réservant seulement cette restitution de fruits, il peut, en ce cas, après la liquidation des fruits, se pourvoir contre cet héritier, et s'il trouve fortuitement ses biens en discussion, il a un privilège sur tout ce qui a fait partie de son lot. »

C'est déjà un grand préjugé en faveur de notre opinion que d'avoir pour nous l'autorité de la tradition. Mais les partisans du premier système prétendent que la règle *Fructus augent hereditatem* n'existe plus dans notre droit, qu'elle a été abrogée formellement par l'article 138, qui plaçant sur le même pied le possesseur d'une hérédité

et le possesseur d'une chose particulière permet au premier de faire siens les fruits perçus par lui de bonne foi, absolument comme les articles 549 et 550 le permettent au second. Nous devons donc avant tout prouver que cette règle existe encore.

Il est certain que l'article 138 autorise le possesseur de bonne foi d'une hérédité à faire les fruits siens; mais ce n'est que dans le cas visé par cet article, ce n'est qu'au cas où la pétition d'hérédité est dirigée contre le possesseur de cette hérédité par une personne qui n'a pas le titre d'héritier et qui veut se le faire reconnaître. Il en est tout autrement lorsqu'il s'agit d'une demande en partage, lorsque la qualité d'héritier n'est pas contestée. Alors s'applique la maxime *Fructus augent hereditatem*, qui, si elle a été abrogée en partie par l'article 138, n'en subsiste pas moins. On en a la preuve dans l'article 829. Est-ce que cet article ne dit pas que chaque héritier fait rapport à la masse des sommes dont il est débiteur? Est-ce qu'il distingue entre les sommes qu'il peut devoir comme débiteur du défunt et celles qu'il peut devoir pour une cause postérieure à l'ouverture de la succession? Pas le moins du monde, et de plus est-ce que les restitutions de fruits ne sont pas comprises dans les comptes que les héritiers peuvent se devoir aux termes de l'article 828, dans les fournissements à faire aux copartageants? Qu'est-ce qui pourrait bien faire partie de ces comptes si ces restitutions n'y figuraient pas en première ligne?

Enfin il est logique que cette règle *Fructus augent hereditatem* s'applique encore. Si aucun des héritiers n'avait

joui des biens de la succession, les fruits en feraient encore partie, la masse à partager serait d'autant plus considérable. Un des héritiers les a recueillis, il a diminué d'autant cette masse, il est juste qu'il y remette une quantité égale. L'idée sur laquelle est basée le rapport, c'est-à-dire le désir de maintenir l'égalité entre les cohéritiers, existe aussi bien dans cette hypothèse que pour le rapport d'une donation.

Ayant ainsi démontré que la maxime *Fructus augent hereditatem* n'a été abrogée que *parte in qua* par l'article 138, nous devons rechercher comment doit se faire cette restitution de fruits.

Étant admis que l'héritier est obligé envers la succession, le paiement de cette dette doit s'effectuer comme se ferait le paiement d'une obligation contractée par l'héritier envers le *de cujus* et qui ferait par conséquent partie de la succession. Or pour cette dette nul doute que l'article 829 ne soit applicable. Il doit en être de même pour le cas qui nous occupe. En effet l'article 829, comme nous l'avons dit, ne distingue pas ; il ne dit pas que les cohéritiers font rapport de ce dont ils sont débiteurs envers le défunt. Il emploie, au contraire, le mot *débiteurs* seul, sans préciser, justement parce qu'il était dans l'intention du législateur que toutes les sommes dont les héritiers seraient débiteurs *ex hereditaria causa* fussent acquittées de la même manière.

De plus, l'article 856 prescrit que les fruits et intérêts des choses sujettes à rapport sont dûs à partir du jour de l'ouverture de la succession, les aliénations à titre gratuit faites par le *de cujus* au profit de son successible venant

à la succession étant résolues. Il en résulte donc que les fruits de ces choses augmentent la masse de la succession. Pourquoi traiter les choses qui sont encore dans la succession autrement que celles qui y rentrent ? Pourquoi traiter plus favorablement l'héritier qui s'est emparé des choses héréditaires que celui qui est soumis à l'obligation du rapport. Il n'est pas possible d'en donner une bonne raison.

Et puisque nous admettons que l'article 829 régit cette restitution de fruits, il est logique qu'elle se fasse comme le prescrivent les articles 830 et 834, qui en sont la suite et le corollaire et qui ne font qu'indiquer la manière d'effectuer ce rapport qu'exige l'article 829.

Nous dirons donc que, si le cohéritier débiteur ne peut verser une somme égale à la valeur des fruits perçus, ses cohéritiers prélèveront pareille valeur sur la masse de la succession. Ce n'est qu'après ces prélèvements que les lots seront composés et qu'ils se tireront au sort.

Nous avons vu plus haut que M. Laurent admettait cette solution, mais seulement entre cohéritiers ; qu'elle était inapplicable quand le cohéritier débiteur avait des créanciers personnels, en un mot que ces prélèvements ne pouvaient se faire au préjudice de ces créanciers, parce que ce serait accorder sans texte contre eux un privilège aux autres héritiers. Nous allons tâcher de démontrer que même dans ce cas les restitutions de fruits sont régies par un principe semblable.

Et d'abord le passage de Lebrun que nous avons cité prouve qu'il en était ainsi dans notre ancien droit. Pourquoi n'en serait-il pas de même aujourd'hui, puisque

nous ne trouvons pas dans le Code de disposition contraire ?

De plus les créanciers personnels du cohéritier débiteur, qui peuvent intervenir au partage conformément à l'article 1166, ne le font que comme ayant-cause de leur débiteur ; par conséquent ils ne peuvent pas avoir plus de droits que lui. Leur débiteur étant obligé de supporter ces prélèvements, ils n'ont pas qualité pour s'y opposer.

On ne peut pas dire davantage que c'est accorder un privilège sans texte. Le texte existe : ce sont les articles 829, 830 et 831. Et ce n'est même pas à proprement parler un privilège. Les héritiers demandent leur part, ils agissent en copartageants et non en créanciers ; c'est pour cela qu'ils sont autorisés à prélever des biens sur la masse de la succession jusqu'à concurrence de ce dont leur part a été diminuée ; et de ce qu'ils agissent en copartageants, ils ne peuvent pas se trouver en conflit avec les créanciers personnels de leur cohéritier.

Enfin comment ces créanciers pourraient-ils se plaindre ? Ils ont un droit de gage général sur tous les biens de leur débiteur, qui les frappe dès le moment où ils entrent dans son patrimoine. C'est certain ; mais tout au moins faut-il que ces biens y soient entrés, faut-il qu'ils en fassent partie ! Étant donné l'effet rétroactif que l'article 883 attache au partage, le cohéritier est censé n'avoir jamais eu aucun droit sur les biens qui sont mis dans le lot de son cohéritier, de même qu'il est réputé avoir succédé seul au défunt à l'égard de ceux qui sont placés dans le sien. Faisant l'application de ce prin-

cipe nous devons reconnaître que les biens prélevés n'ont jamais fait partie du patrimoine du cohéritier débiteur et que par conséquent ils n'ont jamais été soumis au droit de gage de ses créanciers, qui par suite n'ont aucun droit de se plaindre que leur valeur ne serve pas à les désintéresser.

En conséquence nous pensons que ces restitutions de fruits sont soumises à la réglementation exposée dans les articles 829, 830 et 831 (1).

La jurisprudence a admis ce système. Ainsi la Cour de Cassation par un arrêt du 24 février 1828 a cassé un arrêt de la Cour d'Agen qui n'accordait à des cohéritiers qu'une action personnelle contre celui d'entre eux qui avait perçu les fruits de l'hérédité depuis son ouverture (D. 1829. I. 158).

Cet arrêt a définitivement fixé la jurisprudence en ce sens (2). C'est ainsi qu'un nouvel arrêt de la Cour de Cassation reconnaît que l'héritier, qui a laissé son cohéritier en possession de valeurs héréditaires indivises entre eux, est fondé, malgré la faillite de ce dernier survenue ultérieurement, à demander sa part intégrale dans les valeurs dont il s'agit, ses droits étant ceux d'un copartageant et non ceux d'un créancier soumis à la loi des faillites, et que les règles des articles 829 et 830 sur les rapports entre cohéritiers et le mode de prélèvement en cas de non rapport en nature doivent recevoir leur appli-

1. Aubry et Rau, § 624, note 27. Demolombe, XV. N° 475. Dutruc, N° 479 bis. Demante, III. N° 162 bis, IV.

2. Pau, S. 1845. II. 449. Rennes, S. 1863. II. 153. S. 1865. I. 225.

cation aussi bien lorsque l'héritier ayant droit au rapport se trouve en présence des créanciers de son cohéritier tombé en faillite que lorsqu'il est en présence de ce dernier lui-même (S. 1870. I. 76).

Du reste ce n'est pas une situation exceptionnelle qui est faite aux cohéritiers créanciers. Le Code lui-même autorise de pareils prélèvements dans une matière qui présente une singulière analogie avec le partage d'une succession. Nous voulons parler du partage de la communauté conjugale, pour lequel l'article 1476 renvoie au Titre des Successions.

Est-ce que les articles 1471 et 1472 n'autorisent pas l'époux, qui a des reprises à faire sur la communauté, à les opérer par voie de prélèvement, sur l'argent comptant, le mobilier et subsidiairement sur les immeubles ? Est-ce que ces prélèvements ne sont point opposables aux créanciers personnels du conjoint de l'époux créancier des reprises ? Est-ce qu'on prétend que c'est accorder contre eux un privilège sans texte ?

« La faculté, disent MM. Auby et Rau (§ 511), dont jouit, « en sa double qualité de créancier de la communauté et « de copropriétaire de la masse commune ou de copartageant, l'époux auquel est due la récompense, constitue « un droit plus fort que le droit de copropriété de son « conjoint et emporte virtuellement pour lui l'avantage de « pouvoir se faire payer sur les biens communs, par « préférence aux créanciers personnels de ce dernier « ou de ses héritiers, et sans égard aux droits que, depuis « la dissolution de la communauté, ils auraient conférés « à des tiers. »

Il serait en effet inique que l'époux, qui a fait entrer quelque chose dans la masse commune, fût obligé de venir en concours pour le recouvrement de sa créance contre la masse avec les créanciers personnels de l'autre époux ; les dettes de ce dernier seraient en partie payées par lui.

C'est ce que dit la Cour de Cassation dans un arrêt, où elle pose comme principe général que ces prélèvements peuvent avoir lieu dans le partage de toute masse commune (S. 1888. I. 5).

« Attendu, dit la Cour, que le rapprochement de l'article 829 avec le paragraphe final de l'article immédiatement précédent, et avec l'article 1872 prouve que la disposition dont il s'agit n'est que l'application du principe d'après lequel, préalablement à la formation de la masse commune à partager, il doit être procédé au règlement de la situation de chacun des copartageants et au compte de ce qu'ils peuvent réciproquement devoir à la masse.

« Attendu, en effet, qu'une règle générale de droit et d'équité, qui s'impose à tous les prétendants droit à une fraction d'une masse commune, veut que pour empêcher qu'aucun d'eux ne prenne plus que la part qui doit lui revenir, s'il arrive qu'un des copartageants ait déjà entre les mains une portion de la masse, il soit tenu de l'y remettre, pour que le tout soit partagé, et que, si ce rapport en nature est impossible, les autres communistes soient fondés à imputer sur la part qui lui revient la portion qu'il détient, et à prélever sur les biens composant la masse une fraction égale à celle dont leur copartageant est déjà muni.

« Attendu que la dette dont M. est tenu envers la
« succession de sa femme fait partie de l'actif héréditaire
« de cette succession, dont ses créanciers réclament une
« part de son chef : qu'ainsi et par une conséquence né-
« cessaire du principe qui vient d'être rappelé, si M.
« père ne paye pas sa dette en nature, ses créanciers,
« qui ne sont que ses ayant-cause, doivent subir l'impu-
« tation de cette dette sur la part de succession revenant
« à leur débiteur, comme donataire par contrat de maria-
« ge, et le prélèvement d'une part égale au profit de
« l'héritier légitime de la dame M. (1). »

Il va sans dire que cette restitution de fruits ne sera opérée de la manière indiquée par l'article 869, c'est-à-dire au moyen de prélèvements sur les meubles et subsidiairement sur les immeubles, qu'au cas où l'héritier ne pourrait le faire soit en nature, soit en argent. Aussi pensons-nous que le tribunal pourrait lui accorder un délai dans lequel il devrait verser à la masse la somme dont il a été reconnu débiteur. Ce n'est qu'à l'expiration de ce délai qu'il serait obligé de s'acquitter en faisant le rapport en moins prenant. Le tribunal devrait donc charger le notaire choisi par les parties ou nommé d'office de procéder à liquidation « dans la double hypothèse d'un paye-
« ment en argent ou en biens fonds héréditaires », ainsi que le dit la Cour de Toulouse dans son arrêt du 25 juillet 1828 (D. 1830. II. 113).

Ce droit d'éviter le rapport en moins prenant par le remboursement en argent, ce droit, pensons-nous, peut-

1. Adde, S. 1882. I. 224.

être exercé par les créanciers de l'héritier débiteur de son chef, toutes les fois qu'ils y auront intérêt. Ce n'est évidemment pas un de ces droits que la loi déclare attachés à la personne et que par suite l'article 1166 leur défend de mettre en jeu (D. 1825. II. 196)

Il est évident que cette restitution de fruits ne pourra se faire ainsi qu'au moment de partage. Aussi devons-nous rechercher si après le partage le remboursement n'en est pas garanti d'une manière quelconque.

Ainsi l'héritier débiteur, du consentement de ses cohéritiers, n'a pas fait le rapport de ce qu'il devait lors du partage, il a promis une somme d'argent équivalente au montant des restitutions qu'il devait faire. Le paiement de cette somme est-il garanti par un privilège au profit des héritiers créanciers sur les biens mis dans le lot de l'héritier débiteur, privilège qui les ferait préférer aux créanciers munis d'hypothèques constituées par ce dernier avant le partage ?

Pour refuser le privilège, on peut dire que la loi a accordé aux copartageants un privilège pour la garantie des lots, la soulte et la licitation, mais seulement pour ces créances, et que par conséquent il n'est pas possible, les privilèges étant de droit étroit, de les étendre d'un cas à un autre.

Nous estimons néanmoins que le recouvrement de cette créance serait garanti par le privilège de l'article 2103. En effet nous avons admis que les fruits faisaient partie de l'hérédité, que l'héritier qui les avait perçus les devait comme débiteur de la succession et que par suite il était soumis au rapport en moins prenant. Eh ! bien, mais si

ces fruits font partie de la succession et s'ils n'ont pas été rapportés, s'ils sont restés dans le lot de l'héritier qui les avait perçus, cet héritier a reçu un lot plus considérable que les autres, il est débiteur envers ses cohéritiers de la différence entre ce qui a été mis dans son lot et sa part véritable. Il est débiteur d'une soulte qui est garantie par un privilège sur les immeubles dont il a été alloti. La somme qu'il s'est engagé à payer pour ne pas subir le rapport en moins prenant n'est pas autre chose que cette soulte. Nous tombons ainsi directement sous l'application de l'article 2103 (1)

Les cohéritiers créanciers de cette soulte primeront donc au moyen de leur privilège les créanciers personnels de leur cohéritier sur les biens mis dans son lot et sur lesquels il aurait pu leur constituer hypothèque même avant le partage. Et qu'on ne dise pas que c'est préjudicier à ses créanciers, car ils devaient savoir qu'à ce moment-là leur débiteur n'avait pas la libre disposition de ces biens, puisqu'on ignorait s'ils lui appartiendraient, et qu'ils ne sont entrés dans son patrimoine que grevés du privilège garantissant la soulte due à ses cohéritiers. Mais il est bien entendu que les formalités d'inscription auront dû être remplies dans le délai indiqué par l'article 2109 ou l'article 6 de la loi du 23 mars 1855 suivant les cas.

Il en était de même dans notre ancien droit. Le passage de Lebrun que nous avons cité le prouve, et Pothier, après avoir énuméré les obligations résultant du partage qui

1. Dutruc, n. 582. Pont, *Privilèges et hypothèques*, n. 204. Troplong, n. 239 4°. Aubry et Rau, § 263, texte et note 22. S. 1831. I. 63

sont garanties par hypothèque privilégiée sur les biens échus au lot de chaque cohéritier et y avoir compris « toutes les prestations personnelles dont un héritier peut être tenu envers ses cohéritiers », Pothier ajoute : « le cohéritier créancier de ces choses a une hypothèque privilégiée sur tous les biens compris au lot de ses cohéritiers qui en sont débiteurs ». Cette formule générale comprenait bien les restitutions de fruits.

Mais pour qu'il en soit ainsi, pour que le privilège de l'article 2103 soit attaché à ces créances, il faut qu'il soit certain qu'elles proviennent du partage. Nous exigerons donc qu'elles soient constatées par l'acte de partage. Autrement les tiers qui auraient reçu hypothèque du cohéritier débiteur seraient en droit de prétendre qu'ils ont pu légitimement croire que, les comptes ayant été réglés lors du partage, les indemnités à payer l'ayant été au moyen de prélèvements, les biens qui ont été mis dans son lot lui sont parvenus francs et quittes de toutes charges.

C'est ce qui a été décidé par la Cour d'Agen dans son arrêt du 22 décembre 1846. Le privilège du copartageant n'est attaché qu'aux créances qui dérivent directement de l'acte de partage ; et spécialement, ce privilège est inapplicable à la créance résultant de la condamnation prononcée, après le partage, contre un héritier au profit de ses cohéritiers, en restitution des sommes détournées par lui de la succession et dissimulées lors du partage, « attendu, dit la Cour, que le lot de chacun des cohéritiers et les objets auxquels il est censé avoir succédé seul et immédiatement, n'étant déterminés que par le

« partage, c'est alors seulement que l'obligation de garantie prend naissance ; qu'ainsi le privilège qui y est attaché ne peut avoir d'autre origine que le partage : qu'au surplus les termes de l'article expriment très clairement qu'il n'est établi que pour garantir les effets et assurer l'exécution des partages faits entre cohéritiers, et qu'enfin l'article 2109 le démontre mieux encore en exigeant que ce privilège soit inscrit dans les soixante jours à dater de l'acte de partage (S. 1847. II. 203.). »

Tout ce que nous venons de dire sur les restitutions de fruits dues par un héritier s'applique pour les mêmes raisons aux indemnités dont il pourrait être débiteur, par suite des dommages qu'il aurait causés à la succession ; car il a aussi bien diminué la masse commune par la dépréciation qu'il a occasionnée sur les immeubles héréditaires que s'il eût perçu des fruits en quantité trop considérable ; et de même il est responsable de cette diminution envers ses cohéritiers qui, au moment du partage, peuvent exiger de lui le paiement en argent de l'indemnité par lui due ou faire les prélèvements dont nous avons parlé jusqu'à concurrence de sa dette.

Ce que nous avons dit à propos des copropriétaires d'une chose individuellement déterminée, qu'ils n'étaient pas associés, qu'ils n'étaient liés d'aucune façon les uns envers les autres, est tout aussi vrai lorsque c'est une succession qui est indivise. La nature de l'indivision ne peut pas changer parce qu'elle s'applique à une *universitas juris*.

De ce principe nous devons tirer cette conséquence que les articles 1848 et 1849 ne sont pas plus applicables à des

cohéritiers qu'à des personnes qui auraient une créance indivise.

Il en découle une autre que Merlin n'a pas voulu admettre. Nous voulons parler de la question de savoir si un héritier, qui a opéré le retrait successoral sur un cessionnaire étranger, peut être contraint par des cohéritiers à leur communiquer le bénéfice de ce retrait.

Merlin admet l'affirmative en se fondant sur le texte même de l'article 841. De ce que tous les cohéritiers sont appelés d'abord à exercer le retrait et que c'est seulement au cas où tous n'useraient pas ensemble de cette faculté que l'un d'eux pourrait le faire, il en conclut qu'un seul héritier ne peut s'approprier le bénéfice de ce droit, si ce n'est au refus des autres. Et il fortifie sa décision en faisant remarquer les rapports qui existent entre ces héritiers. « Ces rapports, dit-il (*Questions de droit. Retrait « successoral*), sont ceux d'un sociétaire avec ses associés ; « car il existe une société non pas conventionnelle, mais « de fait, entre les héritiers saisis indivisément d'une suc- « cession commune. Et cela est si vrai que l'article 1872 « déclare applicables aux partages entre associés les « règles concernant le partage des successions, la forme « de ce partage, et les obligations qui en résultent entre « cohéritiers. »

Cet auteur considère donc les héritiers comme mandataires les uns des autres, ce mandat résultant de la société de fait où ils se trouvent et les obligeant à se communiquer respectivement tous les bénéfices qu'ils ont fait chacun en leur qualité.

C'était également l'opinion de Lebrun qui décidait que

« si, en quelque cas que ce soit, un cohéritier traite d'une
« dette passive de la succession avec le créancier, ou de
« toute autre affaire de la succession, soit devant, soit après
« le partage, il est obligé de communiquer sa composi-
« tion à ses cohéritiers (*Successions*, L. IV. Chap. III.
Section III. n° 65). »

Nous ne pouvons admettre cette doctrine. En effet, comme nous l'avons déjà dit, les héritiers sont dans l'indivision, mais l'indivision n'est qu'un état purement passif, qui n'engendre par lui-même ni droits ni obligations. Les cohéritiers sont copropriétaires et pas autre chose. S'ils sont obligés de se rendre compte des fruits, cela ne résulte pas de ce qu'ils sont associés, cela résulte de ce que étant propriétaires par indivis, ils ne peuvent agir comme propriétaires exclusifs. On ne peut donc trouver trace de ce mandat réciproque.

Merlin se fonde encore pour soutenir son système sur ce que l'article 1872 renvoie au Titre des Successions; il y voit une nouvelle preuve que la loi a assimilé les héritiers à des associés. C'est tirer de cet article une conséquence bien forcée. Le législateur n'a pas eu d'autre but que de renvoyer aux règles du partage qu'il avait déjà exposées au Titre des Successions et qu'il n'a pas cru devoir répéter. C'est ce qu'il a fait à l'article 1476 pour une situation analogue.

Enfin même en supposant que les héritiers dussent se communiquer les bénéfices qu'ils peuvent faire, ce ne serait pas une raison pour décider que l'héritier retrayant doive faire participer les autres à cette opération. Le retrait, en effet, n'est pas un bénéfice pécuniaire; c'est

un droit moral, c'est le droit d'écarter du partage un étranger. « Il est de l'intérêt des familles, dit Chabot dans son rapport au Tribunat, qu'on n'admette point à pénétrer dans leurs secrets, et qu'on n'associe point à leurs affaires des étrangers que la cupidité ou l'envie de nuire ont pu seules déterminer à devenir cessionnaires, et que les lois romaines dépeignaient si énergiquement par ces mots, *alienis fortunis inhiantes*. »

Il n'y a donc point là de bénéfice pécuniaire ; c'est un bénéfice moral qui est recherché. Dès qu'il est atteint, le but de la loi est rempli, que le retrait ait été opéré par tous les héritiers ou par un seul. Et quant au profit que peut retirer le retrayant de son opération, c'est une question secondaire à laquelle le législateur n'a pas songé. Il n'y a donc point de raison d'y faire participer les autres cohéritiers.

D'ailleurs si le retrait au lieu d'être avantageux au retrayant le constituait en perte, si le prix de la cession était plus élevé que la valeur de la part cédée dans la succession, est-ce qu'il pourrait obliger ses cohéritiers à supporter les conséquences de la mauvaise opération qu'il a faite, est-ce qu'il pourrait leur dire : j'ai acheté un droit plus cher qu'il ne vaut, vous allez m'indemniser de ma perte ? Personne ne le soutiendra. Mais alors si les autres héritiers peuvent lui laisser cette opération à son compte au cas où le retrait aurait un résultat onéreux, comment admettre qu'ils soient en droit de profiter des bénéfices qu'il peut présenter ? Pourquoi profiteraient-ils du retrait avantageux, contrairement à la maxime d'équité : *Quem sequuntur incommoda eundem commoda?*

Enfin l'héritier qui traite avec le cessionnaire est placé dans la même situation que s'il eût traité avec le vendeur ; il est censé avoir traité directement avec lui. Or s'il se fût rendu directement cessionnaire, il n'aurait pas pu être retrayé, puisque le retrait ne s'applique pas aux successibles, mais seulement à ceux qui puisent dans la cession le droit d'assister au partage. Ce serait un retrait partiel si on l'obligeait à faire participer les autres héritiers au bénéfice de l'opération. C'est ce qui a été jugé par la Cour de Cassation, « attendu que le cohéritier « qui exerce l'espèce de retrait autorisé par l'article 841, « est censé avoir traité directement avec le vendeur, et « doit être, par conséquent, mis à son égard dans l'état « où était l'acquéreur au moment de son acquisition ». (1 déc. 1806, Devilleneuve. T. II, p. 314).

Nous pouvons encore ajouter une nouvelle preuve, et celle-ci tirée du texte même de l'article 841. Cet article ne dit pas que c'est seulement au défaut des autres qu'un héritier peut exercer le retrait. Il donne à chacun d'eux le droit d'agir séparément et par conséquent attribue à lui seul le bénéfice pouvant provenir d'une opération qu'il a faite seul.

Il est donc impossible d'admettre la doctrine de Merlin (1). Elle a été repoussée du reste par un arrêt de la Cour de Cassation dont les considérants indiquent la véritable nature du retrait : « Attendu, dit la Cour, que si,

1. Demolombe, XV, n° 481. — Demante III, n° 171 bis, IV — Ducaurroy, Bonnier et Roustain, II, n° 683. Laurent, X, n° 374. Aubry et Rau, VI, § 621 *ter*, texte et note 37.

« aux termes de l'article 841, toute personne qui n'est
« pas successible, et à laquelle un cohéritier aurait cédé
« son droit de succession, peut être écartée du partage
« soit par tous les héritiers, soit par un seul, c'est uni-
« quement parce qu'il importe à la morale et à l'ordre
« public que des spéculateurs étrangers à la succession
« ne soient point associés aux affaires des successibles
« et admis à pénétrer dans les secrets des familles aux-
« quels ils ne doivent pas participer.

« Que ce but unique de la loi, en vertu de laquelle cha-
« que successible a une action, qui lui est personnelle,
« pour exercer en son propre nom le retrait successoral,
« rend inapplicable à ce retrait le principe qui veut qu'un
« cohéritier fasse une affaire commune à ses cosuccessi-
« bles, lorsque le traité qu'il passe avec un étranger est
« relatif à la succession... » (D. 1836. I. 253).

La Cour reconnaît donc que l'opération du retrait est aux risques et périls de celui qui la fait. Mais dans son second considérant, elle semble poser comme principe général qu'un cohéritier fait une affaire commune, lorsque le traité qu'il passe est relatif à la succession. Elle reviendrait ainsi à la doctrine de Lebrun, qui admettait que tous les cohéritiers doivent profiter des arrangements faits par l'un d'eux relativement aux affaires de l'hérédité : par exemple relativement à une dette pour laquelle il transige avec le créancier.

Cette doctrine ne peut être adoptée, du moins sans distinction, car elle ne tient aucun compte de la nature des rapports existant entre les cohéritiers ; les héritiers ne sont liés d'aucune façon les uns envers les autres, ils ont

des intérêts égaux et par suite rivaux, de telle sorte que chacun d'eux n'a à s'occuper que de son intérêt propre. Il faudrait, selon nous, distinguer si l'héritier a traité en son nom et pour sa part ou comme gérant d'affaire pour le compte de la succession ; c'est dans ce dernier cas seulement que les arrangements pris par l'un des héritiers doivent profiter aux autres. Mais nous devons reconnaître qu'on peut facilement supposer que l'héritier a agi comme *negotiorum gestor* (1).

Mais les cohéritiers peuvent demander à être admis au bénéfice du retrait tant que ce retrait n'est pas consommé, ce qui se produira soit lorsqu'il existera au profit du retrayant un acquiescement volontaire de la part du retrayé, soit lorsque le retrayant aura remboursé son prix de cession au cessionnaire, ou lorsqu'il sera intervenu un jugement définitif admettant le retrait à son profit et lui conférant ainsi un droit exclusif et personnel (2).

C'est ce qu'a décidé la cour de Limoges, « attendu, en droit, que l'article 841, qui ouvre aux cohéritiers l'action en retrait contre le cessionnaire des droits de l'un d'entre eux, ne contient aucune disposition de laquelle on puisse induire que le bénéfice du retrait doive appartenir exclusivement à celui des cohéritiers qui le premier a exercé cette action ; qu'il serait contraire

1. Demolombe, XV, n° 482. Laurent X, n° 224. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, II, n° 683. *Contra* Aubry et Rau, § 624, texte et note 28. S. 1854. II. 365.

2. Demol., XVI, n° 72. Aubry et Rau, § 621 *ter*. Dutruc, n° 513. *Contra*, Duranton et Laurent qui pensent qu'il suffit d'une simple sommation au cessionnaire.

« aux règles de l'équité d'attribuer un droit privatif à
« l'un des cohéritiers par cela seul qu'il aurait gagné de
« vitesse ses cohéritiers, et qu'il est bien plus conforme
« aux principes d'égalité qui doivent régler les rapports
« des cohéritiers entre eux de les admettre tous au pro-
« fit des bénéfices du retrait, tant que ce retrait n'est
« pas consommé au profit d'un seul par le rembourse-
« ment du prix de la cession, ou tant qu'il n'est pas in-
« tervenu un jugement définitif, qui confère à l'un d'eux
« un droit exclusif et personnel » (S. 1852. II. 569).

Recherchons maintenant quels sont les droits des héritiers pendant l'indivision relativement à l'administration de la succession.

Ils ont pu nommer un administrateur étranger, qui est alors un véritable mandataire et doit agir dans les limites de la convention qui l'a nommé, ou bien ils ont pu charger l'un d'eux de cette mission. Ce dernier est à la fois copropriétaire et mandataire. Ses pouvoirs sont déterminés par la convention ; il doit rendre compte de sa gestion ; ses actes profitent ou nuisent à ses cohéritiers des intérêts desquels il est chargé. Aussi décidons-nous qu'il ne serait pas en droit de traiter dans son intérêt propre des affaires de la succession, par exemple il serait obligé de respecter les prescriptions des articles 1848 et 1849.

Les cohéritiers ont encore pu faire un partage provisionnel, et dans ce cas chacun administre son lot comme il lui convient.

Il n'y a plus qu'une dernière solution à examiner, c'est quand les héritiers n'ont pris aucun des partis que nous venons d'indiquer, c'est lorsque l'indivision est restée

entière aussi bien quant à la propriété que quant à l'administration. Dans ce cas, il résulte du principe admis par nous que la communauté est un état purement passif, un état passager que chacun des héritiers est intéressé à voir finir, dans lequel il n'y a aucun but commun, il résulte, disons-nous, qu'aucun des cohéritiers n'a le pouvoir de faire des actes, même d'administration, qui puissent engager les autres.

Toutes les innovations ne peuvent être faites que du consentement de tous. En cas de dissentiment le *statu quo* doit être maintenu d'après le principe : *Melior est causa prohibentis*. C'est ce que Pothier dit pour les associés : « Un associé ne peut faire aucun changement ni innovation sur les immeubles dépendants de la société, quand même cette innovation serait avantageuse à la société ». A plus forte raison doit-il en être de même à l'égard de communistes entre lesquels il n'existe aucun lien, aucunes relations juridiques, si ce n'est celles résultant de ce que leur droit de propriété s'exerce à la fois sur les mêmes choses. Nous avons déjà réfuté l'opinion de M. Troplong sur ce point, nous n'y reviendrons pas.

Par conséquent le bail consenti par un seul des héritiers ne serait pas opposable aux autres. De même un cohéritier qui ferait des réparations sur les immeubles héréditaires sans le consentement des autres ne les obligerait pas. Il serait seul lié envers l'entrepreneur. Mais il aurait le droit de répéter ses impenses d'une manière plus ou moins complète suivant le caractère qu'elles affecteraient. Si ces dépenses étaient nécessaires, il pourra les répéter entièrement, sauf, bien entendu, la déduction

de la part qu'il doit supporter. Si elles étaient simplement utiles, il ne pourra en demander le remboursement que jusqu'à concurrence de la plus-value qui en est résultée, c'est-à-dire l'augmentation de valeur que les immeubles en ont retirée. Si au contraire il s'agit de dépenses purement voluptuaires, il ne peut réclamer aucune indemnité, il a seulement le droit d'enlever les ornements par lui ajoutés *sine rei detrimento*. Le caractère des dépenses devra être apprécié au moment où elles ont été faites, et la plus-value calculée au moment du partage.

Ces indemnités étant comprises dans les comptes que les copartageants peuvent se devoir aux termes de l'article 828, nous déciderons que le remboursement par voie d'imputation leur est applicable.

Il résulte de ce que nous avons dit sur la nature de la communauté, qu'un héritier, qui aurait touché, conformément à l'article 1220, sa part dans une créance héréditaire avant le partage, n'aurait pas à partager avec les autres la somme à lui remboursée, au cas où le débiteur serait devenu plus tard insolvable, à moins qu'il n'eût été chargé du recouvrement. Les autres en effet avaient le même droit que lui d'exiger le paiement de leur part dans la créance. Ils ne l'ont pas fait, ils ont été négligents; il ne serait pas juste que cette négligence préjudiciât à celui qui s'est occupé de ses intérêts plus activement qu'eux. De même la remise de sa part dans une dette héréditaire ne profiterait qu'à l'héritier qui l'a obtenue.

L'héritier qui aurait touché une créance héréditaire devrait rapporter au moment du partage non-seulement le

capital, mais encore les intérêts du jour où il a reçu le remboursement, qu'il l'ait employée ou non à ses propres affaires. En effet si le montant de la créance eût été versé à tous les héritiers, ou ils se le seraient partagé sur l'heure et chacun aurait joui des intérêts de sa part, ou ils l'auraient placé en leur nom collectif et alors les intérêts de ce placement auraient augmenté l'actif héréditaire, de telle sorte que dans les deux cas chacun des héritiers eût profité de ces intérêts. Il ne serait donc pas juste qu'ils en fussent privés, parce que l'un d'eux aurait conservé la somme entière. S'il l'a employée à ses propres affaires, il est naturel qu'il en doive les intérêts puisqu'il a augmenté son patrimoine avec le bien d'autrui et qu'il en eût été de même au cas où il aurait emprunté pareille somme à un étranger. S'il l'a laissée dans ses coffres sans en retirer aucune utilité, il n'en est pas moins vrai qu'il a empêché ses cohéritiers d'en profiter, qu'il leur a ainsi causé un dommage dont la réparation exacte est l'obligation pour lui d'en payer les intérêts, déduction faite, bien entendu, de la part qui lui revient.

Ces intérêts seront dûs à partir du jour où il aura recouvré la créance. Et qu'on ne dise pas que c'est violer les articles 1153, 1154 et 1155, lesquels portent que les intérêts courent seulement à partir d'une demande judiciaire! Les articles 1154 et 1155 n'ont trait qu'aux obligations conventionnelles, et nous avons reconnu que l'indivision non seulement ne constituait pas un contrat, mais pas même un quasi-contrat. Il ne faut donc pas les faire intervenir. Mais les intérêts sont les fruits des capitaux et comme les fruits des immeubles ils appartiennent

nent au propriétaire par droit d'accession, en vertu de l'article 547, dès qu'ils se produisent. Tous les cohéritiers étaient propriétaires de cette somme, donc tous avaient droit à ses intérêts, tous avaient droit à sa jouissance, qui aurait commencé du jour de son remboursement. Cette jouissance a été empêchée par l'un d'eux ; il doit donc les en indemniser du jour où elle aurait dû se produire (1). (S. 1865. I. 225).

Nous donnerons la même décision au cas où l'héritier, au lieu de recevoir le paiement d'une créance héréditaire n'a fait qu'en toucher les intérêts. Les mêmes raisons commandent qu'il doive les intérêts de ces intérêts du jour où il les aura perçus. Voici en effet comment s'exprime M. Laurent (X, n° 221). « Il faut dire des intérêts ce
« que nous venons de dire des fruits. L'héritier les doit
« quand il les a perçus. S'il a joui d'un capital, il doit
« compte de cette jouissance exclusive, comme il doit
« compte des fruits quand il a possédé un fond S'il perçoit
« des intérêts dûs à l'hérédité, et s'il en a joui, il en doit
« également compte : qu'importe qu'il jouisse de mille
« francs dûs à la succession à titre de capital ou de mille
« francs qui lui sont dûs à titre d'intérêts. Dans l'une
« et l'autre hypothèse il s'est approprié une jouissance qui
« devait être commune, il en doit compte à ses cohéritiers,
« comme il leur doit compte de tout ce qu'il perçoit à
« titre de propriétaire exclusif, alors qu'il n'est que co-
« propriétaire. »

Quoique l'indivision, la communauté ne constituent pas

1. Demolombe, XVI n. 446. Dutruc, p. 425

un ensemble de relations telles que les héritiers puissent être considérés comme mandataires les uns des autres, qu'ils soient censés se représenter mutuellement, nous devons cependant faire exception quant à ce qui touche la possession.

Les héritiers sont censés posséder les uns pour les autres jusqu'à preuve du contraire. Un cohéritier ne possède pas en son nom particulier ; il a une possession de communiste, puisque son titre est un titre de communiste, partant il possède pour lui et pour les autres, car on ne sait pas s'il possède pour lui exclusivement ou pour ses cohéritiers en même temps. « Comme exemple de possession équivoque, dit M. Troplong (*Prescription*, I, n° 360) on peut citer la possession du communiste qui jouit comme maître de la chose indivise sans qu'on sache s'il jouit exclusivement pour lui-même ou pour la société dont il fait partie. C'est à raison de l'équivoque de cette possession que, dans le doute, on décide qu'il représente la communauté, et que, fidèle à son titre, il a possédé pour elle en même temps que pour lui. »

Comme conséquence de ce principe nous déciderons qu'un héritier, qui exercerait une servitude appartenant à un immeuble indivis, la conserverait pour tous, puisque les autres seraient censés l'exercer par son ministère. Il y en aurait du reste une autre raison ; la servitude étant de sa nature indivisible, il est logique qu'elle ne puisse être conservée que pour le tout et qu'étant conservée pour l'un elle le soit pour tous (art. 709).

Mais de ce que les cohéritiers sont censés posséder les uns pour les autres par suite de l'équivoque que présente

leur possession, en résulte-t-il qu'ils ne peuvent prescrire l'immeuble indivis l'un contre l'autre? Pas le moins du monde; ils arriveront à la propriété exclusive par la prescription dès que leur possession sera purgée des vices qui la rendaient inofficiante. Dès le moment où ils auront une possession exclusive de la chose, *proprio nomine*, cette possession leur sera utile, à condition bien entendu qu'elle satisfasse aux autres conditions exigées par l'article 2229. C'est une solution qui du reste ne fait aucun doute en présence de l'article 816. Cet article, en disant que le partage peut être demandé tant qu'il n'y a pas eu possession suffisante pour acquérir la prescription, c'est-à-dire tant que l'indivision existe, prouve clairement que l'indivision peut cesser par suite de l'acquisition du tout par l'un des communistes au moyen de la prescription. C'est ce qui a été décidé par la Cour de Cassation « attendu, en droit, que si, à la différence du fermier, de « l'usufruitier, de l'usager qui détiennent la chose à « titre précaire et ne peuvent changer à eux-mêmes la « cause et le principe de leur possession, le communiste, « qui, en cette qualité, possède la chose *animo domini*, « comme propriétaire, n'a pas besoin d'un titre nouveau « pour la prescrire en totalité au regard et au préjudice « de son communiste, il faut du moins que sa possession « ait été, pendant tout le temps requis pour prescrire, « exclusive de tous actes de possession de la part de « de celui-ci (1) » (S. 1857. I. 28).

Il nous reste à étudier une dernière question qui divise

1. Adde, S. 1862. I. 711.

les auteurs. Nous voulons parler de la division des créances héréditaires. Les créances faisant partie d'une succession sont-elles dans l'indivision comme le reste des objets qui la composent, et par suite faut-il leur appliquer les dispositions de l'article 883 ? Ou au contraire, à raison du texte de l'article 1220, qui les déclare divisées de plein droit entre les héritiers proportionnellement à la part pour laquelle ils représentent le défunt, devons-nous décider qu'elles ne sont pas dans l'indivision et que par conséquent elles ne doivent pas être soumises à l'effet déclaratif que la loi attache au partage ?

La difficulté vient de l'article 1220, comme nous venons de le dire, dont la disposition est une conséquence de la saisine de l'article 724. Les héritiers étant saisis de plein droit des droits et actions du *de cujus*, ils continuent à eux tous la personne du défunt, et chacun d'eux le représente proportionnellement à sa part héréditaire. Chacun d'eux acquiert donc dans cette proportion les biens faisant partie de la succession et chacun doit avoir sa part dans tous. Un partage, une opération matérielle, est indispensable pour fixer cette part, quand il s'agit d'objets corporels ; C'est l'œuvre des cohéritiers ou du notaire commis à cet effet. Mais pour les créances, c'est la loi elle-même qui les divise. Il n'est pas nécessaire qu'elles soient comprises dans le partage. Si en fait elles le sont, et c'est ce qui arrivera le plus souvent, devons-nous dire que l'héritier, auquel la créance héréditaire aura été attribuée en entier, sera censé avoir succédé seul au défunt à l'égard de cette créance, absolument comme s'il s'agissait de tout autre objet héréditaire, ou bien qu'il la tiendra directement

du défunt pour sa part et de ses cohéritiers pour le reste ?

Tel est l'état de la question. Mais avant d'exposer les différents systèmes auxquels elle a donné naissance, nous devons remarquer que, conformément à l'article 1220, chaque cohéritier a le droit de poursuivre le paiement de la créance pour sa part, de même que le débiteur a le droit de payer sa part à chacun d'eux. C'est exactement comme s'il y avait eu à l'origine autant de créances qu'il y a d'héritiers.

Il résulte de ce principe que chacun peut faire remise de sa part de créance, qu'il peut la céder et que la compensation s'opère. Si nous supposons, en effet, que c'est un débiteur qui devient créancier de son créancier, parce qu'il succède à une personne qui elle-même avait ce créancier comme débiteur, la compensation s'opère immédiatement entre les deux dettes, et elles sont éteintes toutes les deux jusqu'à concurrence du montant de la plus faible, pourvu d'ailleurs que les conditions exigées par l'article 1291 existent. Il est logique, puisque chaque héritier peut exiger le paiement de sa part et que par suite il peut être obligé à le recevoir par le débiteur désireux de se libérer, il est logique que la compensation s'applique, la compensation n'étant qu'un paiement abrégé. *Compensatio est instar solutionis.*

Il résulte encore du principe contenu dans l'article 1220 que le débiteur ne pourrait pas valablement payer sa dette entière entre les mains d'un seul des héritiers. Le texte de l'article 1220 portant que la créance se divise de plein droit, cette créance se change, pour

ainsi dire, en autant de créances distinctes qu'il y a d'héritiers. Chacun d'eux a la disposition de la sienne, et seul il a cette disposition ; seul par conséquent il peut en recevoir le paiement. Le débiteur, qui n'aurait pas eu le soin de s'acquitter dans les mains de chacun, ne serait donc pas libéré ; mais il aurait l'action en répétition de l'indû contre l'héritier qui aurait reçu le remboursement intégral ; car pour tout ce qui excède sa part dans la créance, il a reçu sans droit, il a donné quittance de ce qu'il n'avait pas qualité pour recevoir, à moins bien entendu qu'il n'ait été préposé au recouvrement par ses cohéritiers.

Telles sont les conséquences certaines qui découlent du texte de l'article 1220. Les cohéritiers ont donc pendant le temps qui s'écoule du jour de l'ouverture de la succession jusqu'au partage, des pouvoirs bien plus considérables, bien plus importants sur les créances que sur les autres biens héréditaires. Ils agissent en effet comme propriétaires exclusifs. Résulte-t-il de cette division légale que les créances ne doivent pas être comprises dans le partage ?

Un premier système, qui a pour lui l'autorité du texte de l'article 1220, décide que l'article 883 ne touche pas aux créances. Le partage, disent les partisans de cette opinion, ne peut s'appliquer qu'aux choses qui sont dans l'indivision. Or les créances ne sont pas indivises, puisque la loi les déclare elle-même divisées de plein droit ; c'est la loi qui fait elle-même ce partage dès l'ouverture de la succession ; c'est elle qui assigne sa part à chacun des héritiers ; ce serait la violer que de revenir sur ce qu'elle a déjà fait.

Par conséquent, quand, pour obéir aux prescriptions de l'article 832, une créance entière est attribuée à un héritier, cas qui se présentera fréquemment à cause de la facilité que donne cette opération pour la composition des lots, cet héritier ne pourra pas prétendre avoir succédé seul au défunt à l'égard de cette créance, comme l'article 883 le prescrirait, s'il était applicable. Il tiendra cette créance du défunt pour sa part, mais quant au reste il le tiendra du chef de ses cohéritiers. Ce sera une cession qui ne produira d'effets à l'égard du débiteur que par l'accomplissement des formalités indiquées par l'article 1690, c'est-à-dire soit par une signification au débiteur cédé, soit par une acceptation par acte authentique de sa part. Jusqu'à cette époque les cohéritiers cédants ne peuvent refuser le paiement de la portion à eux afférente ; de même ils peuvent en faire remise et même la céder, puisque, tant que les formalités exigées par l'article 1690 ne sont pas remplies, ils sont censés à l'égard des tiers être toujours titulaires de la créance, et le débiteur cédé peut opposer au cohéritier cessionnaire toutes les causes de compensation qui peuvent s'être produites en la personne des cohéritiers cédants. Enfin la saisie-arrêt faite par les créanciers des cédants entre les mains du débiteur cédé de la part de créance dont ils sont saisis sera opposable au cessionnaire.

C'est ce que disent MM. Ducaurroy, Bonnier et Roustain (II, n° 789) « Cette distribution opérée par le fait des co-
« partageants modifie sensiblement celle qui, à l'ouverture
« de la succession, s'était opérée entre les cohéritiers ; elle
« contient une véritable cession pour l'excédent de la part

« afférente au créancier dans le lot duquel est placée la
« créance. Aussi avons-nous déjà dit qu'en pareil cas la
« clause du partage contenant transport doit être notifiée
« aux débiteurs. »

C'est également l'opinion de M. Duranton (VII, n° 719) qui dit que « la règle de l'article 883 s'applique seule-
« ment aux effets qui sont compris dans chaque lot par un
« partage, par conséquent à des choses qui n'ont point
« lors du partage déjà été partagées par la loi elle-
« même (1). »

Une autre opinion diamétralement opposée décide au contraire que les créances sont soumises à l'effet rétroactif du partage. Elle se fonde sur ce que l'article 883 est général, ne fait aucune distinction entre les créances et les autres biens de la succession, et aussi sur le texte de l'article 832 qui décide formellement que les créances doivent être comprises dans le partage. Quant à l'objection que l'on tire contre ce système du texte de l'article 1220 et qui consiste à dire que l'on ne peut partager ce qui l'est déjà, et que par conséquent l'effet déclaratif du partage ne s'applique pas à ce qui ne fait point l'objet du partage, on la réfute ainsi : L'article 1220, disent les partisans de l'opinion que nous exposons, n'a pas été édicté dans le but d'opérer un partage définitif, mais seulement pour faire une division provisoire, seulement pour indiquer ce que chacun des héritiers peut exiger du débiteur avant que le partage ait déterminé celui qui peut poursuivre le recouvrement de la créance totale. Il était né-

1. Adde Dutruc, n° 547. Mourlon, article 883.

cessaire qu'il en fût ainsi ; en effet tout débiteur a le droit de se libérer et le créancier ne peut pas refuser le paiement quand on lui offre la chose qui lui est due (art. 1243). Mais pour que le paiement soit valable, pour qu'il libère le débiteur, il faut qu'il soit reçu par le créancier ou par celui qui en a été chargé. Or comme nous avons admis que les héritiers pendant l'indivision ne sont pas mandataires les uns des autres, que cette situation n'établit pas entre eux des relations telles qu'ils soient censés se représenter mutuellement, pour s'acquitter vis-à-vis de tous, le débiteur aurait été obligé de les réunir afin d'obtenir une quittance revêtue de la signature de tous, puisque la quittance signée par l'un d'eux pour une somme supérieure à sa part ne serait pas opposable aux autres. Ce serait obliger le débiteur à de fréquents déplacements, à des pertes de temps considérables, ce serait le contraindre à des frais de paiement, mis à sa charge par l'article 1248, qui seraient souvent plus élevés que la créance elle-même. Ce résultat devait être évité, d'autant mieux que l'esprit du Code est d'être favorable à la libération des débiteurs. On en a la preuve dans l'article 1236 qui décide que « l'obligation peut être acquittée même par un tiers « qui n'y est point intéressé, pourvu que ce tiers agisse « au nom et en l'acquit du débiteur, ou que s'il agit en « son propre nom il ne soit pas subrogé aux droits du « créancier. »

Enfin une nouvelle preuve que l'article 1220 ne fait qu'une division provisoire des créances, c'est qu'il les déclare seulement divisées entre les successeurs qui représentent la personne, lesquels peuvent les réclamer

pour la part dont ils sont saisis. Cet article laisse donc en dehors certains successeurs universels, notamment les enfants naturels. Mais si l'on fait l'application de cet article comme le premier système y oblige, on arrive à des conséquences inadmissibles. Supposons en effet une succession exclusivement composée de créances et à laquelle viennent un enfant naturel et deux frères du défunt. D'après l'article 1220 les créances se divisant de plein droit entre les héritiers saisis, il en résulte qu'elles se divisent seulement entre les deux frères du *de cujus* et que l'enfant naturel, qui ne représente pas le défunt, puisqu'il est un successeur irrégulier, n'aura rien dans la succession. Et cependant l'article 757 décide que, venant en concours avec des collatéraux privilégiés, il a droit à la moitié de cette succession. C'est bien là une preuve manifeste que les partisans de la première opinion ne donnent pas une saine interprétation de l'article 1220. Un partage qui ne comprend pas tous les copartageants n'est pas un partage.

Le deuxième système que nous venons d'exposer a été adopté par la Cour de Cassation et la Cour d'Alger dans son arrêt du 24 décembre 1877. « attendu, dit la Cour, « que le principe de l'article 883 est général et qu'il « s'applique aux effets héréditaires, de quelque nature « qu'ils soient, mobiliers ou immobiliers ; — que le législateur moderne, recueillant à cet égard une doctrine « traditionnelle, l'accommodant sagement aux besoins de « la situation actuelle, a proclamé d'une manière absolue « dans les rapports des copartageants entre eux et dans « les rapports de ceux-ci avec les ayants cause de leurs

« cohéritiers l'effet déclaratif du partage ; — que la
« rétroactivité, conséquence nécessaire du partage, a pour
« but et pour résultat en effaçant les actes accomplis pen-
« dant l'indivision par quelques-uns des cohéritiers, d'as-
« surer la stabilité des partages, de tarir la source des
« procès entre copartageants et de consolider la propriété
« issue du partage ; — que c'est là une règle fondamen-
« tale qui doit prévaloir sur toutes les autres ; — que le
« texte de l'article 883, son esprit surtout répugnent à
« des distinctions qui seraient fondées sur la nature mo-
« bilière ou immobilière des biens objet du partage ; —
« qu'il serait difficile de comprendre pourquoi les copro-
« priétaires d'immeubles indivis ne pourraient consentir
« que des droits résolubles, tandis que des coproprié-
« taires de créances pourraient, au contraire, consentir des
« droits incommutables ; — qu'une pareille distinction
« ne troublerait pas seulement l'harmonie d'un système
« juridique, mais qu'elle produirait dans les rapports de
« famille basés sur les partages une complète pertur-
« bation » (1).

Les conséquences de ce système sont donc justement contraires à celles de l'opinion que nous avons précédemment exposée. Ainsi la compensation ne pourrait plus se produire, de même que la remise de dette et la cession. Ces actes ne seraient pas opposables au cohéritier dans le lot duquel la créance serait mise. C'est ainsi que la Cour de cassation (S. 1837. I. 106) a décidé que les saisies-arrêts, formées avant le partage par le créancier

1. Alger. S. 1878.2. 214. S. 1837. I. 106. S. 1849. I. 179.

personnel d'un héritier sur une créance héréditaire, sont soumises quant à leur effet à l'événement du partage, et deviennent sans objet si, par suite de ce partage, la créance toute entière passe dans le lot d'un autre cohéritier, et par un autre arrêt du 20 décembre 1848, que la renonciation à l'hypothèque qui garantit une créance, faite avant le partage par quelques-uns des cohéritiers, ne peut être opposée aux autres à l'égard desquels l'hypothèque continue de subsister pour la totalité de la créance, « attendu, dit la Cour, que l'héritier est censé l'avoir « reçue seul et immédiatement de l'auteur commun et « que par conséquent il n'y a pas eu d'intervalle pendant lequel ses frères aient eu qualité pour consentir à « la main-levée de l'inscription qui en fait la sûreté ; « attendu en outre, et indépendamment des effets légaux « du partage, qu'en supposant que les frères eussent pu, « pendant l'indivision, recevoir leurs parts de capital et « en donner préalablement quittance, ils n'auraient pu, « au préjudice de leur cohéritier, réduire proportionnellement l'hypothèque, laquelle eût subsisté en entier « pour le surplus de la créance, malgré toutes les stipulations contraires, puisque l'indivisibilité de l'hypothèque n'a pas uniquement pour effet d'affecter chaque « partie de l'immeuble, mais encore de garantir chaque « partie de la créance » (S. 1849. I. 179).

Ces deux systèmes nous paraissent trop absolus ; l'un aboutit en effet à la suppression complète de l'article 883, l'autre fait subir le même sort à l'article 1220. Ces deux articles existent dans notre Code, ils ont tout autant d'importance l'un que l'autre et il n'y a pas de raisons de suppri-

mer l'un au profit de l'autre. Leurs dispositions doivent être combinées, à moins qu'elles ne soient tout-à-fait inconciliables.

M. Demante (III, n° 225 bis, VII) propose une distinction. D'après le savant auteur, quand une créance totale est attribuée à un héritier, c'est au moyen d'une cession, ce qui nécessite l'emploi des formalités exigées par l'article 1690, mais seulement à l'égard du débiteur. Quant aux rapports entre cet héritier et ses cohéritiers et leurs créanciers personnels, ils sont régis par l'article 883, de telle sorte qu'ils ne peuvent se fonder sur la division opérée par l'article 1220 pour prétendre que la part de créance afférente à leur débiteur, ne faisant pas partie de la masse à partager, ne peut pas dès lors être soumise au droit de prélèvement que l'article 830 autorise sur la part de l'héritier débiteur de la succession et que par suite cette partie de créance est un gage commun à eux et aux cohéritiers. « On le voit, dit l'éminent auteur, dans « ma pensée c'est seulement à l'égard des débiteurs que « le partage des créances a l'effet d'un transport. Mais à « l'égard de tous autres l'article 883 reçoit son applica- « tion, et les créances conséquemment font partie de la « masse partageable, dans laquelle chacun n'a qu'un droit « déterminable par le partage. »

Nous ne croyons pas devoir adopter cette opinion. A Rome le partage était translatif, il constituait un acte d'aliénation. Les jurisconsultes romains l'assimilaient soit à une vente, soit à un échange, et au fond ils étaient d'accord, croyons-nous, avec la réalité des faits.

Dans notre Code, le partage présente un tout autre ca-

ractère. Le législateur en a fait un acte déclaratif. C'est un principe qui nous vient du régime féodal. Les légistes, ennemis de la féodalité, l'inventèrent pour tourner la prohibition d'aliéner les fiefs et pour éviter aux héritiers le paiement des droits seigneuriaux de lods et ventes.

Du droit féodal ce principe passa dans le droit civil pour un motif d'utilité pratique. Ce fut pour éviter les recours d'héritier à héritier qu'occasionnait fréquemment le principe que le partage était translatif. Ce principe en effet conduisait à maintenir sur le lot de chaque héritier les droits réels consentis par les autres pendant l'indivision. Chaque héritier acquérait les biens dont il était alloti dans l'état où ils se trouvaient. C'est ce que dit Lebrun (Succ. L. IV. Chap. I, n° 21): « Enfin, nous avons une
« maxime dans notre droit français, qui lève toutes sor-
« tes de difficultés à ce sujet, qui est que tous les parta-
« ges ont tous un effet rétroactif; en sorte que chacun
« des héritiers est réputé avoir eu, du moment du décès,
« ce qui lui est arrivé dans le partage, et n'avoir rien eu
« dans ce qui ne lui est pas arrivé dans le même par-
« tage. Cette maxime dépend d'une autre, qui est fonda-
« mentale dans la matière des successions, que le mort
« saisit le vif son plus prochain héritier habile à lui suc-
« céder; car comme cette maxime s'entend de tout ce
« qui arrive à chaque héritier, dont il est censé saisi, il
« faut que ce soit nécessairement du jour du décès, parce
« qu'autrement il arriverait souvent qu'il ne serait saisi
« qu'à moitié, les accroissements qui se font au moyen
« des renonciations et des dévolutions d'une ligne à l'au-
« tre n'arrivant que depuis le décès. Tellement qu'afin

« que l'héritier soit censé saisi de tout, il faut nécessairement donner au partage un effet rétroactif, et tenir l'héritier partagé, du moment du décès, de tout ce qu'il a dans l'événement du partage. Or, cela étant ainsi, toutes les hypothèques des créanciers particuliers de l'héritier se réduisent sur son lot de partage, et elles ne gâtent point ceux de ses cohéritiers. »

Les rédacteurs du Code maintinrent ce principe et le consacrèrent dans l'article 883.

Il nous semble que l'opinion de M. Demante le heurte complètement. Elle aboutit en effet à faire du partage un acte translatif à l'égard des créances, en décidant que l'attribution de la créance totale à l'un des héritiers n'est opposable au débiteur que quand signification lui a été faite ou lorsqu'il est intervenu de sa part une acceptation par acte authentique. Le partage serait donc déclaratif quant aux meubles et immeubles de la succession et translatif quant aux créances ! C'est impossible ; le partage doit être ou tout l'un ou tout l'autre ; il est inadmissible qu'il présente un caractère quand il s'applique à tel ou tel objet et qu'il en présente un différent quand il s'applique à tel ou tel autre.

Aussi, croyons-nous devoir nous rallier au système professé par MM. Aubry et Rau et Demolombe.

Il faut distinguer.

Avant le partage l'article 1220 opère une division légale des créances, chaque héritier peut poursuivre le paiement de sa part de créance, de même qu'il peut être contraint de le recevoir ; par suite la compensation s'opère, si l'un des héritiers, débiteur de son chef, devient

créancier du chef de son auteur. En un mot chaque héritier agit comme propriétaire exclusif. Tel est le domaine de l'article 1220.

Le partage se fait, quelle est la sphère d'application de l'article 883 ?

Si nous supposons que le débiteur a payé sa part de créance à l'un des héritiers, et que par le résultat du partage cette créance soit mise entièrement dans le lot d'un autre, ce dernier pourra-t-il prétendre que, en conséquence de l'effet rétroactif attaché au partage par l'article 883, il est censé avoir toujours été seul créancier, que par suite le paiement fait à son cohéritier ne lui est pas opposable et qu'il est en droit d'exiger le recouvrement intégral ?

La négative s'impose, et pour une raison bien simple. La loi ne peut pas commander un acte et ensuite l'annuler par une autre disposition. Comment alors admettre que la loi qui a ordonné au débiteur de payer, en permettant par l'article 1220 à l'héritier de le poursuivre, vienne décider que ce paiement est non avenue !

Le paiement a libéré le débiteur qui, du reste, ne pouvait le refuser ; il a éteint la créance jusqu'à concurrence de la part de l'héritier remboursé ; par conséquent cette créance ne peut pas être comprise intégralement dans le partage ; elle ne peut pas l'être pour la part qui a été éteinte, de même qu'une créance qui aurait été remboursée à tous les héritiers ne le serait pas du tout. L'article 883 s'appliquera donc au reste de la créance, mais pas à la partie qui a été éteinte, puisqu'elle ne fait pas partie du partage.

Il en est de même pour la compensation, qui n'est qu'un paiement fait en vertu de la loi. La créance est aussi bien éteinte, et par conséquent ne doit pas plus figurer au partage pour la partie qui a été soumise à la compensation que pour celle qui a été remboursée.

En résumé, les paiements faits à l'un des héritiers et les compensations survenues en sa personne avant le partage sont opposables à l'héritier dans le lot duquel la créance aura été mise. Ce dernier aura donc un recours contre son cohéritier, si la créance lui avait été attribuée pour sa valeur nominale et pas seulement pour la partie qui restait encore due. Ce recours s'exercera par une action en garantie, qui serait privilégiée aux termes de l'article 2103.

C'est ce qui a été jugé par la Cour de Limoges (S.4863. II. 193). « Attendu que, dans le cas où, durant l'indivision du surplus des biens, les créances dépendant de la succession ont été pour la part virile de l'un des héritiers, soit le sujet d'une prescription acquise, d'une compensation, d'un paiement, d'un transport régulier, d'une saisie-arrêt déclarée valable, ou de tout autre acte de disposition, les résultats du partage ultérieur, quels qu'ils soient, ne sauraient neutraliser les effets de ces actes qui se sont accomplis, sous l'empire de la division légale, soit par le fait volontaire de l'héritier, soit par l'autorité propre de la loi ou de la justice : que par suite, sauf les cas de fraude qui demeurent naturellement exceptés, les autres héritiers sont non recevables et mal fondés à demander que ces créances soient réintégrées dans les opérations du partage et les comptes de

« la liquidation, pour qu'il leur en soit fait attribution
« pour partie et pour le tout, afin de les remplir de leur
« émolument héréditaire, par voie de fournissements, rap-
« ports et prélèvements. »

La Cour de Cassation a adopté ce système dans son arrêt du 4 décembre 1866, « attendu que, si l'héritier peut
« réclamer sa part, il en résulte, comme corollaire forcé,
« que le débiteur doit la lui payer, et que, s'il la paye, il
« est véritablement libéré de son obligation, au moins jus-
« qu'à concurrence de la part qu'il a payée; — Attendu
« qu'on ne saurait enlever à ce tiers le bénéfice de sa libé-
« ration partielle et le forcer à payer deux fois, en plaçant,
« par suite du partage, dans le lot d'un autre des cohéritiers
« la totalité de la créance dont ce tiers aurait déjà payé une
« partie à l'héritier qui avait droit de la lui réclamer; —
« Attendu que, si l'article 883 veut que, par un effet rétroac-
« tif, chaque héritier soit censé avoir possédé seul et im-
« médiatement les objets compris dans son lot, il faut ce-
« pendant restreindre cet effet rétroactif aux seuls objets
« qu'il a pu atteindre, c'est-à-dire à ceux qui se trou-
« vaient encore dans la masse au moment où on la par-
« tageait; mais qu'il y aurait abus à vouloir étendre l'effet
« rétroactif à des objets qui en étaient sortis dans l'inter-
« valle de temps écoulé depuis l'ouverture de la succes-
« sion, soit pour quelques-uns par la force de la loi, soit,
« pour d'autres, par des conventions légalement formées
« et qui avaient ainsi créé pour des tiers des droits irré-
« vocablement acquis (1). »

1. S. 1867. I. 5. S. 1882. I. 216.

Nous pourrions donc donner cette formule générale : Les créances d'une succession se divisent de plein droit entre les héritiers à partir de l'ouverture de la succession, et l'effet rétroactif du partage ne s'y applique que lorsque les choses sont encore entières et sans préjudice des droits acquis aux tiers. Cette formule ressort des arrêts que nous venons de citer ; elle résume également l'opinion de MM. Laurent (XI, n° 51) et Demolombe (XVII, n° 294), qui admet que la cession de sa part de créance par un héritier, signifiée au débiteur ou acceptée par lui avant le partage, est opposable à l'héritier auquel a été attribuée la créance entière. Il en serait de même de la saisie-arrêt formée par l'un des créanciers personnels de l'un des héritiers avant le partage et qu'un jugement aurait déclarée valable, en même temps qu'il ordonnerait au tiers saisi de payer entre les mains du créancier saisissant la portion de sa dette correspondant à la part héréditaire de l'héritier saisi (1).

Nous croyons cette formule un peu trop compréhensive. Nous ne pensons pas qu'elle s'applique à la cession pas plus qu'à la saisie-arrêt, et c'est justement pourquoi nous n'avons pas parlé de ces deux opérations quand nous avons traité du paiement et de la compensation se produisant avant le partage.

Nous pensons, contrairement à ce qui se passe pour le paiement et la compensation s'effectuant avant le partage, que soit la signification ou l'acceptation par le débiteur cédé faite avant le partage de la cession par un héritier

1. Marcadé, art. 883. Larombière, art. 1220, n° 9.

de sa part dans une créance héréditaire, ou un jugement rendu avant la même époque et admettant la validité d'une saisie-arrêt sur cette même part, nous pensons, disons-nous, que ces opérations n'interdisent pas à l'héritier dans le lot duquel la créance totale aurait été placée de prétendre que l'article 883 est applicable, que par suite de son effet rétroactif la cession est nulle comme faite *a non domino* et la saisie également comme opérée sur un bien n'appartenant pas au débiteur, et qu'en conséquence ni la cession ni la saisie ne lui sont opposables. Et voici nos raisons.

Il est logique que le partage ne puisse influencer sur le paiement et la compensation. En effet ce paiement ou cette compensation ont éteint la partie de créance à laquelle ils se sont appliqués, et, comme nous l'avons dit plus haut, cette part de créance, à cause de son extinction, ne peut pas plus être comprise dans le partage qu'une créance entière qui serait éteinte pour le tout. Les effets de l'extinction se produisent de la même façon, qu'elle s'applique à une créance totale ou seulement à une portion de créance ; ce qui est payé ne peut être réclamé. Par conséquent cette partie de créance n'étant pas comprise dans le partage, il est inadmissible de vouloir la faire revivre en lui appliquant l'effet rétroactif de l'article 883.

Mais il n'en est pas de même pour la cession ou la saisie-arrêt. Ces deux opérations investissent de la créance le cessionnaire ou le créancier saisissant, mais elles n'opèrent pas l'extinction de la partie de créance cédée ou saisie-arrêtée. Cette partie peut donc être comprise dans le partage, ce qui permet de lui appliquer l'article 883. En

effet, en quelle qualité le cessionnaire et le créancier saisissant peuvent-ils prétendre avoir des droits sur cette partie de créance? cene peut être que comme ayants-cause de l'héritier ; par suite de la cession et de la saisie ils exercent les droits de leur cédant ou de leur débiteur, conformément à l'article 1166 ; ils n'usent pas de droits qui leur soient propres. Or, ces droits leur ont été transmis tels qu'ils étaient, c'est-à-dire susceptibles de la résolution entraînée par l'effet rétroactif du partage. Et comme nous avons admis que l'article 883 devait être appliqué dans les rapports des cohéritiers entre eux, il est logique de décider que cet article recevra également application, quand ces rapports au lieu d'exister entre cohéritiers, existeront entre un héritier et les ayants-causes de l'autre. « Comment, disent MM. Aubry et Rau (§ 635 note 8), le cessionnaire ou le créancier de l'un des héritiers pourrait-il acquérir, sur sa part indivise dans les créances de la succession, des droits définitifs et irrévocables, alors qu'il n'a lui-même sur ces créances qu'un droit soumis à l'effet résolutif du partage. »

C'est ce qui a été jugé par la Cour de Cassation (S. 1837. I. 106), « attendu que si une créance primitivement divisible a été comprise en entier au lot de l'un des héritiers, elle forme sa propriété *ab initio*, et que la saisie-arrêt, qui en aurait été faite dans l'intervalle par le créancier personnel d'un autre cohéritier, ne peut plus produire aucun effet. »

Nous préférons cette dernière solution à celle donnée par l'arrêt de la Cour de Limoges du 19 juin 1863 (S. 1863. II. 193), l'arrêt de la Cour de Cassation du 4 dé-

cembre 1866 (S. 1867. I. 5) et un deuxième arrêt de la Cour suprême du 23 mars 1881 (S. 1882. I. 217) que nous avons cités plus haut : car elle ne permet pas, comme la première, à un héritier débiteur de la succession d'empêcher, par une cession ou une saisie-arrêt pratiquée sur lui, ses cohéritiers de faire les prélèvements autorisés par l'article 830, et par conséquent de se libérer à leurs dépens. Supposons en effet un héritier insolvable qui soit débiteur de la succession. Si nous déclarons valable la cession de sa part dans la créance héréditaire à son créancier personnel, faite dans le but de se libérer envers lui, cette libération sera faite aux frais de son cohéritier, puisque ce dernier ne pourra pas user de la faculté à lui accordée par l'article 830 de prélever sur la part de l'héritier débiteur de la succession une somme équivalente à sa dette et par ce moyen primer ses créanciers. L'héritier débiteur prendrait ainsi dans la succession une part plus considérable que son cohéritier. L'égalité « l'âme des partages » serait ainsi violée ; l'article 830 le serait également, puisque le cohéritier serait primé sur la part héréditaire de son cohéritier par les créanciers personnels de celui-ci, ce qui serait contraire à la doctrine de nos anciens auteurs et à la doctrine actuelle.

C'est ainsi que Lebrun disait (L. III. Chap. VI. section II, n° 7) : « Le droit de l'héritier débiteur règle celui de ses créanciers, et s'il venait à partager il serait contraint à souffrir l'imputation de la créance du défunt sur sa part héréditaire. Ainsi ses créanciers venant ici de son chef et exerçant ses droits sont obligés de souffrir la même imputation. »

De nos jours M. Demolombe s'exprime ainsi (Successions T. IV, n° 464) : « La généralité de ces articles 829 et « seq. résiste évidemment à toute distinction : et l'on ne « saurait, en effet, sans violer le texte même de ces dis- « positions, y introduire une distinction entre l'héritier « débiteur lui-même individuellement et les créanciers « personnels de cet héritier » ; et plus loin : « C'est pré- « cisément afin de garantir les cohéritiers contre l'insol- « vabilité de l'héritier débiteur et écarter la concurrence « de ses créanciers personnels que le rapport a été éta- « bli » (1).

Quant à la prescription, nous devons l'assimiler à la compensation ; car c'est aussi un mode de payement légal. Ainsi si nous supposons que la créance héréditaire est prescrite avant le partage pour la part afférente à un créancier majeur, la prescription étant suspendue au profit d'un autre héritier mineur, la prescription est opposable à cet héritier mineur dans le lot duquel la créance entière serait mise. Car c'est à tort que cette part de créance de l'héritier majeur a été comprise dans le partage, puisque à ce moment-là elle n'existait plus.

Nous n'avons pas besoin de faire remarquer que depuis le partage il ne peut plus se produire aucun acte qui soit opposable à l'héritier auquel a été attribuée la créance totale. Ainsi la cession ou la saisie-arrêt seraient nulles. De même le débiteur héréditaire qui depuis le partage serait devenu créancier d'un des héritiers ne pourrait pas

1. Demante III, n. 162 bis. Ducaurroy B. et R. II, n. 712. Aubry et Rau, § 624, note 25.

opposer la compensation du chef de ce dernier à l'héritier, qui viendrait lui réclamer le paiement de la créance mise dans son lot.

Ce sont des conséquences de l'effet rétrocatif du partage. Mais il y en a une autre bien importante que nous devons tirer de l'article 883 ; c'est que l'héritier étant censé avoir succédé seul au défunt à l'égard de cette créance, il en est investi sans qu'il ait besoin de faire la notification ou obtenir du débiteur l'acceptation par acte authentique exigées par l'article 1690 pour la cession de créances.

On a fait contre cette dernière conséquence de l'application de l'article 883 aux créances une objection que nous devons réfuter.

Si le débiteur, a-t-on dit, n'est aucunement averti que la créance a passé dans les mains d'un seul de ses créanciers, il peut vouloir payer sa part à l'un deux. Ce dernier n'a pas le droit de recevoir ce paiement, mais en fait s'il le reçoit, ce paiement n'est pas opposable à l'héritier devenu seul créancier depuis le partage. Le débiteur n'est pas libéré ; il sera obligé de payer la totalité de sa dette sur les poursuites de son créancier. C'est donc tendre un piège à ce débiteur en n'exigeant pas qu'il lui soit donné connaissance qu'il ne peut plus payer valablement que dans les mains d'une seule personne.

Cette objection présente au premier abord une certaine force ; mais si l'on va au fond des choses, on voit qu'elle est dénuée de valeur. En effet, si le débiteur après le partage paye sa part à l'un des héritiers, c'est qu'il ignore

ce partage, c'est qu'il est de bonne foi. Il considère chacun des héritiers comme en possession de sa part de créance et que par suite chacun d'eux a le droit d'en exiger et d'en recevoir le paiement. Mais un paiement fait dans de telles conditions est valable, aux termes de l'article 1240, et en conséquence il est opposable à l'héritier auquel la créance a été attribuée en entier. Tout se réduit donc à une question de bonne foi de la part du débiteur, et par conséquent le paiement fait par lui ne sera déclaré nul que si l'on peut fournir la preuve qu'il a eu connaissance du partage.

Quoique les formalités de l'article 1690 ne soient pas nécessaires, il serait cependant prudent de la part du créancier unique de porter le partage à la connaissance du débiteur, pour éviter que le paiement fait à l'un de ses cohéritiers soit déclaré valable et qu'ainsi il soit exposé à subir les conséquences de l'insolvabilité de ce dernier.

Nous résumerons les longues explications que nous venons de donner sur les créances faisant partie d'une succession par les trois propositions suivantes :

Avant le partage, l'article 1220 s'applique dans les rapports des héritiers avec le débiteur.

Après le partage, l'article 883 s'applique dans les rapports des cohéritiers entre eux et avec leurs ayants-cause, de telle sorte que l'effet rétroactif annule tous les actes faits avant le partage en vertu de l'article 1220, sauf ceux qui ont produit l'extinction de la créance.

Enfin l'article 883 s'applique encore dans les rapports

de l'héritier auquel a été attribuée la créance avec le débiteur, en ce sens qu'il n'est pas obligé de remplir les formalités de l'article 1690 ou toute autre, pour avertir ce dernier qu'il est maintenant titulaire exclusif de la créance.

CHAPITRE IV

DU PACTE D'INDIVISION

De tout ce que nous venons de dire sur les rapports des communistes entre eux, il apparaît clairement que l'état d'indivision est une situation qui présente de nombreux inconvénients. Nous pouvons les résumer ainsi :

L'homme n'est pas communiste de sa nature, il ne s'attache qu'aux choses dont il est le maître exclusif ; les choses communes le laissent indifférent, il n'y apporte pas les soins qu'il donnerait à celles dont il saurait devoir profiter seul. Les biens indivis en raison de cet égoïsme naturel seront donc toujours plus au moins laissés à l'abandon, ce qui est contraire à l'intérêt général.

De plus, c'est un principe d'économie sociale que les biens doivent circuler librement ; en fait les biens indivis sont hors du commerce ; personne ne voudra acheter un bien qu'on aura pas la certitude de conserver.

Enfin, l'indivision est la source de nombreux procès. « La communauté de bien, dit Pothier, ne convient plus aux hommes, tels qu'ils sont aujourd'hui ; il faut pour entretenir la paix entre eux que chacun ait le sien séparément : c'est ce qui est établi par l'expérience et l'exemple de tous les siècles » (3 Successions C. IV. article I).

Aussi les rédacteurs du Code, frappés de ces nombreux

inconvenients, ont-il décidé que le partage pourrait toujours être demandé tant que durerait l'indivision. (article 815). Ils ont fait de cette prescription un principe d'ordre public, auquel ils ne permettent de déroger que dans certaines limites.

Ce n'est pas à dire que le partage doive être opéré dès que l'indivision existe. Elle peut subsister tant que les communistes sont d'accord. Ce que le Code a prohibé, c'est l'indivision maintenue contre la volonté de l'un d'eux. Et même il leur permet de s'engager à la laisser subsister pendant un délai qui ne peut dépasser cinq ans, c'est ce que dit le deuxième alinéa de l'article 815 : « On peut cependant convenir de suspendre le partage pendant un temps limité : cette convention ne peut être obligatoire au delà de cinq ans ; mais elle peut être renouvelée. »

Cette restriction au principe posé dans le premier alinéa de l'article 815 corrige ce qu'il pourrait avoir de trop absolu. Il y a en effet bien des cas, où il serait très préjudiciable aux héritiers de leur imposer l'obligation de sortir de l'indivision dès l'ouverture de la succession. Ainsi parmi les cohéritiers se trouve un mineur ; pour que le partage ait à son égard la valeur d'un partage définitif, l'article 838 exige qu'il soit fait en justice ; sans l'accomplissement des formalités prescrites par les articles 819 et suivants, il ne vaut que comme partage provisionnel. Mais du jour où ce partage provisionnel aura été effectué à celui où le mineur, devenu libre et maître de ses droits, pourra le transformer en un partage définitif, il aura pu s'écouler bien des années, pendant le cours desquelles chaque cohéritier aura joui séparément de son lot.

Il l'aura cultivé, il aura fait des améliorations, il s'y sera attaché d'autant plus que sa jouissance aura été plus longue, bref il aura complètement oublié qu'il n'est pas propriétaire incommutable. Et c'est à ce moment-là que le mineur, s'il n'est pas content de son lot, s'il ne veut pas accepter l'ordre de choses établi, s'il ne veut pas transformer le partage de jouissance en partage définitif, c'est à ce moment-là qu'il pourra tout remettre en question ! Les cohéritiers par l'effet du partage pourront donc se voir privés d'une chose à laquelle ils se sont attachés, ils pourront ne pas profiter des améliorations auxquelles ils ont apporté tous leurs soins, et si l'un d'eux a vendu un bien compris dans son lot, à quels recours en garantie n'est-il pas exposé de la part de l'acquéreur évincé par l'héritier auquel ce bien aura été attribué dans le partage définitif.

Ces conséquences fâcheuses ne peuvent être évitées que par un partage fait en toute propriété ; mais ce partage doit être fait en justice, et qui ne connaît les frais et les lenteurs du partage judiciaire ! Qui ne voit que le remède est pire que le mal !

Aussi le législateur a-t-il sagement fait de laisser aux intéressés le soin de décider ce qui leur est le plus avantageux, et de leur permettre suivant les cas soit de faire un partage définitif en leur imposant certaines formalités, soit de s'engager réciproquement à rester dans l'indivision afin d'éviter les frais du partage judiciaire, qui seraient nécessairement occasionnés par la demande en partage émanant de l'un d'eux et qui diminueraient la part de chacun.

Il en serait de même si parmi les héritiers il se trouvait un interdit.

Telle est une des utilités de la convention d'indivision, obliger les héritiers à ne pas demander le partage pendant un certain temps, les obliger à attendre pour cela la majorité de leur cohéritier et éviter ainsi le payement de frais considérables.

Elle n'est pas la seule. Dans maintes circonstances le partage rend nécessaire la vente de quelque immeuble héréditaire, soit parce qu'il est trop considérable pour qu'aucun des héritiers veuille assumer l'obligation de payer la soulte qui le lui assurerait, soit parce qu'il n'est pas commodément partageable en nature. Or cette vente peut se produire dans un temps de crise agricole ou commerciale, dans un temps troublé par les agitations politiques qui occasionnent une forte dépréciation sur la valeur des immeubles. Les acquéreurs ne se présenteront que peu nombreux à la licitation et les enchères resteront fort au-dessous de la valeur de l'immeuble, chacun tenant à conserver son numéraire jusqu'à des jours plus calmes, d'où une perte peut-être considérable pour les héritiers. N'est-il pas juste qu'ils veuillent retarder le partage pour éviter cette dépréciation et qu'ils prennent leurs précautions pour qu'aucun d'eux, pressé de jouir de sa part malgré une diminution plus ou moins forte, ne puisse amener ce funeste résultat.

De même les cohéritiers peuvent avoir intérêt à faire une convention d'indivision, parce qu'ils veulent opérer sur l'immeuble indivis quelque travail qu'il n'est possible d'exécuter qu'en réunissant tous leurs efforts et toutes

leurs ressources. Par exemple leur propriété est susceptible d'être inondée par suite des crues d'une rivière qui la traverse. Ils peuvent vouloir la protéger par une digue avant de la partager, n'étant pas sûrs que le partage fait l'un d'eux conserve les mêmes intentions. Ils s'engagent donc réciproquement à exécuter ce travail et à ne demander le partage que lorsque la propriété aura été mise à l'abri des dévastations des eaux.

Des motifs de convenance peuvent aussi légitimer l'exception faite au principe de l'article 815. Des enfants peuvent être désireux de retarder le partage des biens de leur père pour en laisser la jouissance à leur mère survivante, de manière à ce qu'elle conserve une situation égale à celle qu'elle avait avant la mort de son mari, de manière à ce que, si elle souffre dans son affection, elle ne souffre pas au moins dans son bien-être.

Le législateur a donc bien fait de placer à côté de la règle une exception qui la tempérât.

Cette convention de suspendre le partage, en quelle forme doit-elle être faite? Certains auteurs se fondant sur l'article 816 ont prétendu qu'elle devait être faite par écrit. Cette interprétation ne nous paraît pas bonne. L'article 816 a été édicté pour prohiber les partages de fait de certaines coutumes, résultant d'une jouissance séparée pendant dix ans, mais pas du tout pour exiger la rédaction d'un acte, d'un *instrumentum*, à l'effet de constater le partage. Aussi comme il est de droit commun dans notre Code que les conventions sont obligatoires sans être prouvées par écrit, et que le partage n'est pas mentionné par la loi au nombre de ces actes pour les-

quels l'écriture est requise *ad solemnitatem*, nous pensons que la convention d'indivision, comme le partage lui-même, peut être formée valablement sans la rédaction d'un écrit. Tout se réduit donc à une question de preuve, ce qui nous conduit à décider que, conformément à l'article 1341, un écrit devra être exigé toutes les fois que l'intérêt engagé dépassera 150 fr. (1).

Cette convention peut être renouvelée à une époque quelconque, aux termes de l'article 815, soit avant, soit après l'expiration des cinq années. Mais la volonté du législateur serait éludée si la nouvelle convention, intervenant avant l'expiration de la première, s'ajoutait à celle-ci pour faire un total supérieur à cinq ans. Rien ne serait plus facile que d'arriver à l'indivision pour une durée quelconque, il suffirait de faire un assez grand nombre de conventions. Aussi devons-nous décider, pour rester dans les termes et dans l'esprit de la loi, que le nouvel engagement, détruit, pour ainsi dire, l'ancien et se substitue à lui pour donner naissance à une nouvelle période de cinq ans, qui datera du jour du renouvellement de la convention (2).

Les cohéritiers ne peuvent donc pas convenir de suspendre le partage pour un délai plus long que celui permis par l'article 815 ; mais si en fait ils n'observent pas les prescriptions de la loi, faut-il déclarer cette convention nulle ou la réduire au terme légal ? La majorité des auteurs

1. *Confer* art. 931, 1394, 2044, 2127 — S. 1859. II. 93 — S. 1872. I. 129. — Aubry et Rau, § 623 — Laurent, X n° 302.

2. Duranton VII n° 78. — Demante III n° 139 bis III — Marcadé article 815 n° 2. — Aubry et Rau § 622 — Demolombe XV n° 500.

opte pour ce dernier parti. Les signataires de la convention, disent-ils, ont consenti à rester dans l'indivision pendant un certain temps, à plus forte raison sont-ils dans l'intention de s'y maintenir pour une durée moins longue, et ils invoquent à l'appui de leur opinion la décision donnée par l'article 1660, lequel, après avoir posé le principe que la faculté de rachat ne peut pas être stipulée pour un terme excédant cinq ans, décide que, si elle l'a été pour une durée plus longue, elle doit être réduite à ce terme. Ainsi une convention d'indivision faite pour une durée de vingt ans, par exemple, ne serait pas nulle pour le tout, elle obligerait les signataires pendant cinq années.

Nous croyons que c'est aller trop loin dans la voie de l'analogie. En effet le vendeur à réméré n'a stipulé la faculté de rachat que parce qu'il espérait rétablir ses affaires et pouvoir rembourser le prix dans un délai de...; il lui importerait évidemment que ce délai fût le plus long possible. Le législateur l'a réduit pour que la propriété ne restât pas trop longtemps incertaine « parce que, dit « Portalis, le bien public ne comporte pas que l'on prolonge trop une incertitude qui ne peut que nuire à la culture et au commerce ». Mais que ce délai de rachat soit plus ou moins long, cela ne change en rien la position du vendeur, qui n'en reste pas moins obligé de vendre; car la vente à réméré, il n'y a pas à le dissimuler, n'est pas autre chose qu'un emprunt déguisé, qu'un emprunt fait sous une certaine forme pour sauver les apparences. Le Code a donc pu réduire le délai de remboursement en faisant prévaloir l'intérêt public sur l'intérêt du vendeur.

Mais il n'en est pas de même dans le cas qui nous oc-

cupe. La durée du pacte d'indivision n'est pas réduite par la loi, elle ne peut pas l'être davantage par l'interprète, sans que ce dernier sorte de son rôle. Aussi déciderons-nous que c'est seulement une question de fait, qui doit être laissée à l'appréciation du juge, que celle de savoir si une convention d'indivision, ayant été conclue pour un terme plus long que celui permis par l'article 815, doit être déclarée nulle pour le tout ou seulement réductible au terme légal. C'est une question qui doit être décidée d'après l'intention des parties. Si l'article 1660 donne une décision contraire, c'est que dans cette hypothèse la situation du vendeur n'est pas changée, que le délai du réméré soit plus ou moins long ; il est toujours obligé de vendre. Mais il en est tout autrement dans le cas qui nous occupe ; il est possible que les parties aient voulu rester dans l'indivision pendant un certain temps nécessaire à l'exécution d'une opération qu'elles ont en vue, il est possible que cette opération ait été la cause déterminante de cette convention, à laquelle elles n'auraient certainement pas adhéré si elles avaient pensé que leur but ne pourrait pas être atteint. Comment alors admettre que l'on puisse obliger ces parties à rester dans l'indivision pour un temps notoirement insuffisant à l'achèvement de leurs projets, lorsqu'il est certain qu'elles n'ont accédé à cette convention qu'en considération du temps pendant lequel l'indivision serait maintenue ! Comment admettre qu'ayant voulu rester copropriétaires par indivis pendant vingt ans, par exemple, on puisse les maintenir pendant cinq années dans une indivision qui leur répugne ! Ce serait un piège que la loi leur tendrait elle-même ; elle

se substituerait à leur volonté. Ce serait contraire à cette vérité, si évidente qu'elle n'a pas besoin d'être démontrée, que les lois sont faites pour sanctionner les volontés des hommes et non pour leur imposer les siennes, et aussi à l'esprit qui a fait édicter l'article 815 ; ce serait établir une indivision obligatoire. Le juge devra donc, selon nous, déclarer la convention nulle pour le tout ou la réduire au terme légal. Cela dépendra de l'intention des parties.

Nous n'en dirons pas autant du cas où la convention aurait suspendu le partage pour un temps illimité. Dans cette hypothèse il faudrait la déclarer nulle pour le tout et pas seulement réductible, car cette convention constitue en fait une renonciation à demander le partage, ce qui est interdit par le premier alinéa de l'article 815.

Cependant la Cour de Paris par arrêt du 7 février 1833 a décidé qu'une légataire à qui la défunte avait imposé, sous peine de privation de son legs, l'obligation de ne pas demander le partage de la succession pendant la vie du mari de la testatrice, institué légataire universel en usufruit, était non recevable à demander ce partage, et que pour être contrevenue à la prohibition portée au testament, la légataire avait encouru la déchéance de son legs.

Cet arrêt semble accorder à la testatrice la faculté de retarder le partage jusqu'à la mort de l'usufruitier et imposer à la légataire l'obligation de respecter cette prohibition jusqu'à cette époque. Ce serait une extension exagérée de la faculté accordée par l'article 815 ; car les disposants, s'ils en ont le droit, ce qui est controversé, ne peuvent interdire le partage de leurs biens pour

un temps plus long que celui déterminé par la loi, puisque l'article 815 porte que le partage peut être provoqué après ce délai nonobstant toute prohibition contraire ; par conséquent, tout au moins, le terme indiqué par la testatrice devait-il être ramené au délai de cinq ans, passé lequel la légataire était libre d'intenter sa demande en partage.

La Cour de Cassation (1) a confirmé l'arrêt de la Cour de Paris, mais pas pour les mêmes motifs. Pour elle la condition imposée par la testatrice est valable et elle ne peut pas être réputée non écrite, puisque l'article 900 ne vise que les conditions impossibles, contraires aux lois et aux bonnes mœurs ; mais elle doit être réduite aux limites indiquées par l'article 815, car, en ce qui excède le terme de cinq ans, elle est contraire à la loi ; et c'est ce laps de temps qui forme la vraie condition du legs, à laquelle la légataire est obligée de se soumettre sous peine de la révocation de la libéralité. Mais la légataire avait requis le partage bien avant l'expiration du délai de cinq ans, puisqu'elle avait introduit sa demande dès le décès de la testatrice, et c'est justement sur la non-observation de cette condition que se fonde la Cour Suprême pour confirmer la décision de la Cour de Paris.

La Cour de Cassation reconnaît donc que le partage ne peut être reculé que de cinq ans, et quoique son arrêt ne se rapporte qu'à une prohibition édictée par un testateur, le même principe devrait être appliqué aux conventions faites entre cohéritiers. Mais elle admet que cette prohi-

1. S. 1836. I. 83.

bition ou convention, quoique faite pour un temps illimité, n'est pas nulle, mais seulement réductible. Pour nous, comme nous l'avons déjà dit, nous ne partageons pas l'opinion de la Cour Suprême; il nous semble en effet qu'elle a poussé trop loin l'analogie existant entre l'hypothèse qui nous occupe et la situation visée par l'art. 1660, car, ainsi que le dit M. Demolombe (XV n° 502) « la convention tombe directement sous le coup de la règle qui annule, sans se trouver dans l'exception qui se borne à réduire. »

Dans la discussion de cet arrêt nous venons d'annoncer une controverse importante. Nous voulons parler de la question de savoir si un testateur peut imposer à ses héritiers l'obligation de rester dans l'indivision.

Cette prohibition de demander le partage peut aussi bien se présenter à propos d'héritiers légitimes que d'héritiers testamentaires. Mais au premier cas il faut supposer que le testateur, pour sanctionner ses volontés, dispose, dans les limites de la quotité disponible, d'une certaine valeur qu'il attribue soit à un étranger soit à un autre de ses successibles au détriment de celui de ses héritiers qui contreviendrait à ses prescriptions. Car si cette précaution n'était pas prise, ces héritiers, dont le titre résulte non du testament, mais bien de la loi, pourraient ne tenir aucun compte des dispositions du testateur et opérer immédiatement le partage sur les bases de la dévolution légale.

Un grand nombre d'auteurs pensent que le testateur peut insérer cette clause, et la jurisprudence a fait plusieurs fois l'application de ce principe (S. 1836. I 83 — S. 1831. II. 315.). En effet, disent-ils, comment compren-

dre que la clause, qui fait l'objet d'une convention valable, soit nulle comme contraire à l'ordre public quand elle est insérée dans un testament. Il ne semble pas qu'il y ait de raisons de distinguer. Et de plus notre ancienne jurisprudence mettait sur la même ligne la convention et la prohibition. On en a la preuve dans ce passage de Pothier, « (*Successions*, C. IV. A. I. § 1) : On peut cependant valablement convenir de différer le partage jusqu'à un certain temps, pourvu qu'une raison d'utilité exige ce retard. « Ainsi si le testateur n'a pas défendu absolument le partage de ses biens, mais s'est contenté d'ordonner qu'il fût différé jusqu'à un certain temps, *puta jusqu'à la majorité de l'un de ses enfants*, cette disposition de sa volonté doit être suivie ; la raison est que cette convention des parties, cette volonté du défunt, qui ne tend point à rendre perpétuelle la communauté des biens qui est entre les cohéritiers, mais seulement à en remettre le partage à un moment favorable, n'a rien de contraire à la nature de la communauté de biens et qu'il est même souvent de l'intérêt commun que le partage se fasse dans un temps plutôt que dans un autre ». L'auteur comprend donc sous le terme de *convenir* et la convention et la prohibition ; l'exemple qu'il donne en fait foi ; et même il n'indique pas de délai que le testateur ne puisse dépasser, seulement il ajoute, pour corriger ce que cette faculté accordée au testateur aurait d'excessif, qu'il ne pense pas « que cette convention, cette ordonnance de dernière volonté puissent empêcher l'un des cohéritiers, qui se laisserait de jouir en commun, de demander qu'il fût fait jusqu'à ce temps, un partage provisionnel des

« biens de la succession, à l'effet que chacun pût jouir
« séparément, jusqu'à ce temps, de la part qui lui écher-
« rait. »

Les Rédacteurs du Code, qui ont presque copié Pothier, ont donc dû prendre le mot *convenir* dans le même sens que lui; mais ce qu'ils ont fait de plus, c'est qu'ils ont décidé que le délai, pendant lequel l'indivision serait susceptible d'être maintenue, ne pourrait dépasser cinq ans, et en conséquence ils ont supprimé pour les héritiers la faculté de demander le partage provisionnel, dans la pensée que les inconvénients pouvant résulter d'une indivision maintenue pendant si peu de temps ne devaient pas être bien considérables.

On ajoute que le testateur a certainement connu les dispositions de ses héritiers et qu'il ne faut pas le priver d'une faculté si précieuse dans le cas où il a des héritiers mineurs ou interdit.

Malgré toute ces raisons nous préférons l'opinion contraire.

La différence que fait la loi entre la convention et le testament est parfaitement expliquée par Merlin : (Rep. V^o *Partage* § I). « Les héritiers ayant pris, après la mort du
« testateur, connaissance de l'état de la succession, aussi
« bien que de leurs sentiments réciproques, sont à portée
« de juger, s'ils peuvent sans compromettre leur tranquil-
« lité respective, renoncer pour un certain temps à la
« faculté de demander le partage. Mais le testateur peut-
« il savoir au moment où il dispose, si ses héritiers se-
« ront d'humeur à rester dans l'indivision pendant un

« temps quelconque? Peut-il s'assurer qu'ils ne se querelleront pas? Il est évident que non. »

Quant à l'argument tiré de la comparaison de l'art. 815 et du passage de Pothier, il nous semble qu'il porte à faux. En effet dans l'art. 815 il y a un principe posé. Le partage peut toujours être provoqué nonobstant conventions et prohibitions contraires. Nul doute que de ces deux expressions l'une ne s'applique aux cohéritiers, l'autre au testateur. Puis dans le deuxième alinéa de l'art. 815 nous trouvons une exception à ce principe : On peut *convenir* de suspendre le partage pendant un temps limité. Cette exception ne comprend nullement la prohibition émanée du testateur, qui par conséquent reste sous l'empire de la règle, et les Rédacteurs du Code, qui certainement connaissaient la jurisprudence ancienne, ont bien montré l'intention de s'en écarter par leur précaution d'indiquer dans l'alinéa premier de l'art. 815 les deux causes qui peuvent retarder le partage, pour n'en mentionner qu'une seule dans le second alinéa où ils établissent l'exception.

De plus lorsque l'on dit qu'il ne faut pas priver le testateur de la faculté de retarder le partage, quand cela peut être utile à ses héritiers, c'est un argument qui ne prouve rien; car de deux choses l'une, ou les héritiers auront de bons rapports entre eux et alors il n'était pas nécessaire de leur imposer l'indivision, ils l'auraient laissée subsister de leur propre mouvement et dans leur propre intérêt pour éviter les frais d'un partage judiciaire, ou ils seront en désaccord, et alors rendus encore plus animés les uns contre les autres par l'obstacle qui leur est im-

posé, ils seront d'autant plus disposés à engager les procès que les questions de jouissance ne peuvent manquer de faire naître et qui seront soutenus malgré la minorité ou l'interdiction de celui en faveur de qui l'indivision avait été maintenue par le testateur, de telle sorte que les bonnes intentions de ce dernier ne produiront que de funestes résultats.

Aussi nous semble-t-il, par les motifs ci-dessus exprimés, que la prohibition de la part d'un testateur devrait être considérée comme contraire à la loi et réputée en conséquence non écrite conformément à l'art. 900 (Trib. Bruxelles. Pasier. 1872. 3. 177).

Nous n'en dirons pas autant de la donation. Nous croyons que le donateur peut parfaitement imposer à ses donataires l'obligation de ne pas demander le partage, pourvu, bien entendu que cette prohibition ne dépasse pas les limites indiquées par l'art. 815.

Quant à l'objection qu'on pourrait nous faire et qui consisterait à dire que l'art. 900 ne distingue pas entre les donations et les testaments et que ce qui est réputé non écrit dans les uns doit également l'être dans les autres, la réponse est facile. De la comparaison des art. 815 et 900 il résulte en effet que la clause d'indivision ne doit être réputée non écrite que quand elle est insérée dans un testament, mais qu'au contraire elle doit ressortir son plein et entier effet quand elle fait partie d'une convention. La différence de nature entre la donation et le testament, qui sont l'une un contrat, l'autre un acte émanant d'une seule volonté, impose donc de la déclarer vala-

blement insérée dans une donation et obligatoire pour les donataires.

Le donateur aurait intérêt à introduire cette clause dans l'hypothèse où il se réserverait l'usufruit des biens donnés conformément à l'article 949. En effet supposons qu'il ait donné une usine, un établissement industriel, pour généraliser une chose qui ne soit pas commodément partageable. Les donataires, s'ils veulent sortir de l'indivision, sont obligés de faire procéder à une licitation, par suite de laquelle il est possible que ce soit un étranger qui soit déclaré adjudicataire. Voilà donc le donateur usufruitier en présence d'un nouveau nu-propriétaire, lequel ne sera pas lié envers lui par la reconnaissance comme les précédents. Leurs rapports seront donc forcément moins cordiaux, et si par malheur cette adjudicataire n'est pas animé de l'esprit de conciliation, à quels tracasseries n'est pas voué le donateur ! Combien de procès ne sera-t-il pas exposé à soutenir à propos de sa jouissance !

Le donateur a donc grand intérêt à stipuler l'indivision, pour que, au moins dans la limite des cinq années autorisée par l'article 815, il soit assuré qu'il n'aura pas les rapports d'usufruitier à nu-propriétaire avec d'autres que ses donataires.

Il existe une clause qui présente une grande analogie avec celle qui nous occupe. C'est de la défense d'aliéner que nous voulons parler, non pas en ce sens qu'elle imprime à l'immeuble donné la qualité juridique d'inaliénabilité (car ainsi comprise elle est toujours nulle comme constituant une condition juridiquement impossible, l'a-

liénabilité étant le principe général et le Code n'y faisant exception qu'en matière de substitutions et de dotalité), mais bien en ce sens que le donataire en acceptant la donation contracte l'obligation de ne pas aliéner, assume la charge de conserver l'immeuble, l'immeuble lui-même restant libre.

En principe cette charge est illicite ; nul ne peut dépouiller une personne de la faculté qu'elle a d'aliéner ses biens, car ce serait supprimer un de ces droits dont le faisceau forme la personnalité juridique. Mais elle est valable toutes les fois que la personne en assumant cette obligation, en acceptant cette restriction à sa faculté d'aliéner, ne fera qu'user de cette faculté, ne fera que l'exercer. Et dans ce cas la non-exécution de cette charge donnera au profit du donateur ouverture à l'action en révocation pour inexécution des conditions accordée par l'article 953. C'est ainsi que la défense d'aliéner faite par un donateur soit dans son intérêt, par exemple pour garantir un droit de retour, s'il est ascendant du donataire, soit dans l'intérêt d'un tiers, par exemple pour assurer à ce dernier les rapports d'usufruitier à nu-propriétaire avec le bénéficiaire, sera valable et obligera celui-ci.

Il en serait autrement de la défense d'aliéner insérée au profit du donataire lui-même, car bien loin que cette obligation par lui contractée soit l'exercice normal de la faculté d'aliéner, elle la paralyserait, la détruirait. Elle est donc illicite. « C'est une sorte d'incapacité de fait, dit « M. Martin (*Conditions*, p. 181), que le disposant entend « créer. Il ne prononce pas le mot d'incapacité, qui trans- « formerait immédiatement la défense d'aliéner en une

« condition juridiquement impossible. Mais il côtoie l'idée
« en fondant cette défense sur la faiblesse d'esprit du gra-
« tifié. C'est une garantie qu'il imagine contre la prodi-
« galité qu'il lui prête. Malheureusement il heurte ainsi
« un principe supérieur aux conventions humaines, et
« que la loi veut si bien y soustraire, qu'elle organise elle-
« même dans les art. 499 et 513 un système de protection
« contre l'abus qu'on peut en faire. Sous ce point de vue la
« défense d'aliéner nous apparaît comme un système sup-
« plétif et une précaution surrogatoire que la loi ne re-
« connaît pas. »

Ces difficultés ne se présentent pas à propos de la clause d'indivision, puisqu'elle est permise par un texte formel, qu'elle soit insérée dans l'intérêt d'une personne ou d'une autre.

Mais il est une autre classe d'actes de disposition à l'égard desquels nous devons rechercher l'effet de l'insertion de cette clause. Nous voulons parler des partages que les art. 1075 et 1076 autorisent les ascendants à faire entre leurs enfants par acte entre-vifs ou testamentaire.

Quant au partage par testament, nous n'admettons pas que la clause d'indivision y soit valablement écrite. Cela résulte des explications que nous avons déjà données et sur lesquelles nous ne reviendrons point ; mais nous ne pouvons nous empêcher de faire remarquer que, même au cas où elle serait obligatoire dans un testament ordinaire, elle devrait être déclarée nulle dans l'hypothèse qui nous occupe. Il serait en effet bien curieux qu'un partage, c'est-à-dire un acte qui a pour objet de faire cesser l'indivision, ait pour résultat de la consacrer,

que disons-nous, de l'imposer, et de plus il ne faut pas oublier que nous sommes en présence d'un ascendant et de ses ascendants, c'est-à-dire d'héritiers réservataires, qui ont droit à ce que cette partie de la succession, qui leur est dévolue par la volonté de la loi et non celle de leur père, « leur soit laissée disent, MM. Aubry et Rau, « § 679, en pleine propriété et exempte de toutes charges, « conditions ou restrictions relatives à la dévolution, au « partage, à l'administration ou à la disposition des biens « qui la composent (Demolombe XIX, n° 421). »

Pour le partage par acte entre-vifs, la solution est plus difficile. En effet l'acte qui opère la dévolution des biens de l'ascendant à ses enfants est un contrat, pour la perfection duquel l'acceptation de ces derniers est nécessaire, de telle sorte que nous ne pouvons nous servir des termes impératifs de l'article 815 pour prohiber l'insertion de cette clause, les intéressés manifestant par leur acceptation leur intention d'y adhérer, et de plus nous avons reconnu que cette insertion était très valablement faite dans une donation ordinaire. Faut-il en conclure que l'ascendant, qui fait le partage de ses biens au moyen d'une donation, peut imposer à ses enfants l'obligation de rester dans l'indivision pendant la période de cinq ans permise par l'article 815 ?

C'est ce qu'a décidé la Cour de Paris (D. 1830, II, 10) par la raison que « s'il n'y a pas dans l'espèce de distribution expresse, il est suffisamment pourvu aux conditions d'un partage par l'affectation d'une quotité indiquée ; que la clause d'indivision n'infirmes pas la validité de la démission de biens puisque cette clause

« pourrait aux termes du droit, être la condition d'un
« partage entre héritiers et qu'au surplus sa durée
« n'excède pas dans l'espèce le temps au delà duquel
« elle pourrait être stipulée. »

M. Demolombe approuve cette décision pour les mêmes motifs. « Dès qu'il est admis, dit-il (XXIII, n° 56), que
« la division matérielle n'est pas une condition nécessaire
« des partages d'ascendants, rien ne peut s'opposer à
« cette clause. »

Nous ne partageons pas l'opinion de l'éminent auteur. Elle nous paraît manifestement contraire au texte et à l'esprit de la loi. Au texte, ne voyons-nous pas que l'article 1075, qui réglemente les partages d'ascendants, exige la distribution et le partage, et qu'est-ce que le partage si ce n'est l'opération matérielle qui détermine de quels biens le lot de chacun sera composé ? A l'esprit de l'article 1075, il résulte en effet des travaux préparatoires que le législateur en confiant aux ascendants cette *douce magistrature*, ainsi que le dit Favard dans son discours au Corps Législatif, de faire entre leurs enfants le partage de leurs biens, a eu pour but de prévenir les difficultés qui seraient susceptibles de provenir de ce partage. Il a pensé que cet ascendant, plus éclairé que personne sur les goûts et les aptitudes de ses enfants, serait plus à même d'attribuer à chacun ce qui lui convient le mieux, et qu'ainsi seraient évités les froissements résultant d'une attribution par un sort aveugle. Mais pour que le vœu du législateur soit rempli, il est absolument nécessaire que le partage soit fait par l'ascendant. Une donation sans partage ne saurait prévenir aucune difficulté, puisqu'elle met exacte-

ment les choses dans l'état d'indivision où elles seraient si l'ascendant était mort sans avoir rien fait (Genty, p. 107).

De plus n'est-il pas contradictoire, ainsi que nous l'avons déjà dit à propos du partage par testament, d'admettre dans un partage, c'est-à-dire dans un acte destiné à faire cesser l'indivision, une clause qui a pour résultat de l'imposer, et la réserve est-elle moins indisponible de ce qu'on essaye d'en disposer par acte entre-vifs ?

Enfin l'article 1130 défend de pactiser sur une succession non ouverte, même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit. C'est un principe d'ordre public, auquel le législateur a cru devoir déroger en faveur des ascendants pour leur permettre de faire de leur vivant le partage de leur succession; en raison de l'utilité pratique de ces partages, en raison des avantages qu'ils doivent procurer. Mais de ce que cette faculté heurte ce principe, de ce qu'elle est une exception à cette règle d'une importance telle aux yeux du législateur qu'il a cru la devoir répéter dans les articles 791, 1389 et 1600, elle doit, comme toutes les exceptions, être entendue restrictivement et ne pas être étendue hors des cas formellement prévus par le texte qui la consacre.

Mais, nous dira-t-on, ce n'est tenir aucun compte de l'article 815 ; s'il défend de suspendre le partage par une prohibition, il permet de le faire au moyen d'une convention, et si les copartageants peuvent convenir de suspendre le partage après le décès de leur auteur, ils doivent avoir le même droit en consentant au partage d'ascendant, puisque ce partage remplace celui qui est fait après l'ou-

verture de la succession. Cette objection paraît forte au premier abord, mais elle ne résiste pas à l'examen.

La distribution matérielle des biens est nécessaire, avons-nous dit, pour qu'il y ait partage d'ascendant régi par les articles 1075 et suivants. C'est ainsi que la Cour de Cassation a jugé que la donation faite à un enfant unique par un ascendant n'était pas soumise à ces règles et qu'en conséquence l'article 3 de la loi du 16 juin 1824 ne lui était pas applicable (S. 1840. I. 185). Or si cette distribution matérielle est une condition essentielle du partage d'ascendants, tout ce qui mettra obstacle à l'accomplissement de cette condition aura pour effet d'empêcher que l'acte qualifié partage d'ascendant en constitue véritablement un. La clause d'indivision qui, si elle ne prohibe pas cette distribution, la retarde tout au moins, est donc une condition impossible quand elle est rapprochée d'un partage semblable et par conséquent elle doit être déclarée nulle, aux termes de l'article 900. Et si elle était observée il en résulterait que l'ascendant, au lieu de faire un partage, aurait fait une donation collective ordinaire, qui serait soumise aux droits de transmission à titre gratuit entre-vifs.

Du reste à quoi servirait cette clause d'indivision, étant donné que sa principale utilité est de retarder le partage jusqu'à la majorité de l'un de copartageants et par suite d'éviter les frais du partage judiciaire ? Cet avantage ne se présente pas dans l'hypothèse qui nous occupe, puisque l'ascendant peut partager ses biens sans aucune formalité entre ses enfants même mineurs.

Maintenant que nous avons étudié la forme en laquelle la convention d'indivision doit être faite, la durée qu'elle

peut comprendre et les actes dont elle peut faire partie, nous devons rechercher quels en sont les effets.

Entre les copactisants, cette convention a pour effet de maintenir l'indivision résultant de ce qu'ils avaient été appelés ensemble à la même succession et d'empêcher que l'action en partage réussisse pendant la durée dont ils sont convenus. Le juge, en effet, faisant l'application de l'article 1134, débouterait de sa demande celui des héritiers qui, au mépris de la convention, tenterait de poursuivre le partage.

Nous ne pouvons pas admettre l'opinion de M. Duranton qui dit (XVII, n° 392) : « Dès que les héritiers conviennent qu'ils resteront, pendant un certain temps dans l'indivision et que le partage ne pourra être provoqué par l'un d'eux avant l'expiration de ce temps, ils font, pour cela même, une convention de société ». L'éminent auteur s'appuie pour donner cette décision sur un texte de Papinien (L. 52, § 6 *Pro socio*) qui voit un contrat de société dans l'accord par lequel des frères sont convenus de garder en commun des successions indivises. Mais ce qu'il n'a pas remarqué, c'est que le jurisconsulte romain suppose que cette convention n'a eu lieu que dans le but de faire des bénéfices et de les partager, *ut emolumentum et damnum in his sentirent*, dit le texte. C'est bien là le but du contrat de société, mais qui manque complètement dans la convention d'indivision. Les cohéritiers qui la font n'ont aucune idée de spéculation ; ce qu'ils veulent, c'est être assurés que le partage ne pourra pas être effectué avant une certaine époque. Mais il faut reconnaître qu'en fait ils pourraient introduire cet élé-

ment dans leur convention, et le juge ne se trouverait plus alors en présence d'une simple indivision, mais bien d'une véritable société; c'est une interprétation à faire des termes du contrat.

M. Duranton a tiré de son système sur la convention d'indivision une conséquence qui nous paraît également inadmissible. Il s'exprime ainsi au n° 392 à propos d'une société formée pour une durée de plus de cinq ans : « Mais nous pensons aussi qu'après cinq ans chacun d'eux « pourrait demander le partage des biens, et pour cela « renoncer à la société, nonobstant toute convention con- « traire dans le contrat ». L'auteur cherche également à s'appuyer sur l'article 1872, d'après lequel les règles concernant le partage des successions seraient applicables à la société. « Mais il est curieux, dit M. Troplong, qu'il « aille prendre au Titre des Successions une règle pour « dissoudre une société, tandis que l'article 1872 ne ren- « voie au Titre des Successions que pour les partager, ce « qui déjà donne bien peu de consistance à son système, « lequel est complètement détruit par les dispositions des « articles 1844, 1865, 1868, 1869 et 1871 ». De plus il est obligé de reconnaître que cette règle est inapplicable aux sociétés de commerce et d'industrie. Pour nous, nous pensons avec la majorité des auteurs que la société doit durer jusqu'au terme fixé et que le législateur en édictant l'article 1872 n'a eu d'autre but que de faire ce qu'il avait déjà fait dans l'article 1476, c'est-à-dire renvoyer aux règles du partage précédemment exposées pour éviter de les répéter.

Nous avons dit plus haut que nous n'admettions pas

que la clause d'indivision pût être imposée par un testateur, le texte de l'article 815 étant formel, mais qu'au contraire cette clause était parfaitement valable quand elle était insérée dans une donation, cette décision résultant de la nature contractuelle de la donation.

Nous devons maintenant rechercher ce qui arrive lorsque, au mépris de cette clause insérée dans une donation et virtuellement acceptée par les donataires en déclarant vouloir bénéficier de la disposition faite à leur profit, l'un d'eux provoque le partage contre ses codonataires. Le donateur pourra-t-il intenter l'action en révocation accordée par l'art. 953 pour inexécution des conditions ?

M. Laurent ne le pense pas. Voici comment s'exprime l'éminent auteur (XII, n° 508) : « Il y a encore un cas « dans lequel la donation ne peut pas être révoquée, bien « que le donataire manque à la loi du contrat ; c'est quand « l'acte ne lui impose pas une charge proprement dite. Ce « qui constitue l'essence de la charge, c'est que la donation devient contrat bilatéral ; si malgré la condition « apparente, la donation reste un contrat unilatéral il est « certain qu'il ne peut plus s'agir de demander la révocation, puisque la condition résolutoire tacite n'est « sous-entendue que dans les contrats synallagmatiques. »

Un arrêt de la Cour de Besançon du 24 mai 1854, confirmé par un arrêt de la Cour de Cassation du 16 juillet 1855, fait l'application de ces principes. Il considère la prohibition faite au donataire de disposer en pleine propriété des immeubles donnés, avant le décès du donateur, comme constituant une stipulation accessoire, dont l'infraction n'est pas susceptible d'entraîner la révocation de

la donation, et non comme une condition de la donation (1).

Nous ne pouvons nous rallier à cette doctrine. Voici en effet à quoi elle revient. Se fondant sur ce que l'article 953 n'est que l'application du principe général contenu dans l'article 1184, que la condition résolutoire est sous-entendue dans tous les contrats synallagmatiques, elle décide que l'action en révocation ne doit exister que lorsque la donation par l'effet de l'adjonction d'une charge est devenue un contrat synallagmatique, c'est-à-dire seulement lorsque du contrat il résultera au profit du donateur une action pour faire exécuter la charge.

Mais il nous semble qu'en raisonnant ainsi, on ne tient aucun compte de l'article 953, qui ne fait pas de distinction et qui accorde l'action en révocation toutes les fois que la charge imposée n'est pas remplie. Et de plus le savant auteur a voulu faire l'application à cette hypothèse de la condition résolutoire tacite sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, mais il n'a pas assez remarqué que la condition résolutoire était bel et bien expresse, le donateur indiquant assez par l'insertion de la charge qu'il tenait à ce qu'elle fût exécutée et qu'il subordonnait le maintien de la donation à son accomplissement.

Nous accorderons donc l'action en révocation au donateur, mais à condition que la charge ait été inexécutée. Il faudra que le partage ait été effectué, et pour cela il faut supposer que tous les codonataires soient d'accord et qu'aucun d'eux ne tienne à respecter les volontés de leur

1. D. 1855. I. 419.

bienfaiteur. Ils auront pu faire un partage amiable ou, à supposer qu'aucun d'eux ne veuille prendre l'immeuble indivis en entier, provoquer une licitation, que le juge, quoique connaissant la condition d'indivision, ne pourrait leur refuser sans violer l'article 1134, deuxième alinéa. Dans ce cas le donateur pourra user du droit que la loi lui accorde, et les biens donnés lui feront retour francs et quittes de toutes les charges dont ils auraient pu être grevés du chef des donataires.

Mais nous ne pensons pas, à moins de disposition contraire, que le simple essai de sortir de l'indivision de la part d'un des donataires puisse donner ouverture à l'action en révocation, car il n'y aurait pas violation de la charge, puisque l'indivision existerait toujours. En effet les autres codonataires, désireux de respecter les volontés de leur bienfaiteur, n'auront pas voulu consentir à un partage amiable, et sur la demande en partage contre eux dirigée, le juge débouterà le demandeur de ses prétentions, par application du principe que les conventions sont la loi des parties et qu'elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel.

De là il résultera que le codonataire contrevenant gardera sa part dans les biens indivis, malgré sa tentative de violer la charge.

Le donateur est également obligé de respecter la condition d'indivision qu'il a imposée comme charge de sa libéralité. Ainsi si nous supposons qu'un des codonataires se rende coupable envers lui d'un de ces faits qui, aux termes de l'article 955, donnent ouverture à l'action en révocation pour ingratitude, et que le donateur fasse

tomber la donation, la part du donataire convaincu d'ingratitude fera retour à ce dernier, qui se trouvera en état d'indivision avec ses autres donataires. Mais il ne pourra pas demander le partage avant l'expiration du temps convenu, car il a été partie à la convention et ne peut pas s'en départir sans le consentement de tous les intéressés.

Il en serait de même si par l'effet du retour légal, le donateur devenait copropriétaire de ses donataires, en succédant conformément à l'article 747 à l'un d'eux mort sans postérité. Pour cela il faut supposer que le donateur est l'ascendant du donataire. Ce cas ne peut du reste présenter de difficulté, l'ascendant ayant dans la limite de la succession anormale la qualité de successeur à titre universel.

Mais le même effet peut se produire sans qu'il soit nécessaire de supposer que le donateur est un ascendant. Ainsi le donateur a stipulé le droit de retour à son profit, comme le lui permet l'article 951. L'un des donataires meurt : le droit de retour s'ouvre au profit du donateur, lequel est obligé pour demander le partage d'attendre l'arrivée du terme convenu, toujours par cette raison qu'ayant imposé cette condition il s'est virtuellement engagé à ne rien faire contre elle.

Est-il nécessaire pour que la convention d'indivision soit valable qu'elle soit faite entre tous les héritiers, et quels sont ses effets à l'égard de ceux qui n'y ont point adhéré en cas d'affirmative, telles sont les questions que nous devons maintenant aborder.

M. Chabot (*Successions*, T. III, p. 65) pense que si « l'héritier qui ne l'avait pas souscrite demandait le par-

« tage, la convention se trouverait rompue à l'égard de
« tous les autres, puisque l'état des choses existant au
« moment de la convention serait changé par la distrac-
« tion qui s'effectuerait sur la masse des biens de la part
« de l'un des héritiers. »

Cette opinion nous semble trop absolue. Pour nous c'est d'une simple question d'interprétation de volontés qu'il s'agit et que le soin de résoudre doit être laissé à la prudence du juge. Si les héritiers qui ont adhéré à la convention ne l'ont fait que parce qu'ils comptaient que l'indivision subsisterait à l'égard de tout le monde, s'il résulte des circonstances de la cause qu'ils auraient refusé leur adhésion au cas où le pacte n'aurait pas été accepté par tous leurs cohéritiers, nous croyons que la convention serait non avenue. Mais dans l'hypothèse contraire nous repousserions l'opinion de M. Chabot. Nous ne voyons pas pourquoi cette convention d'indivision, librement débattue entre des personnes maîtresses de leurs droits, ne produirait pas d'effets parce que certaines personnes, qui auraient eu le droit d'y participer, n'ont pas cru devoir le faire.

Cette convention existant, il est tout d'abord certain que les cohéritiers qui y ont adhéré sont liés par elle et qu'elle produit cet effet qu'ils sont réciproquement obligés les uns envers les autres à subir l'indivision, sans pouvoir eux-mêmes provoquer le partage.

Il est tout aussi certain qu'elle n'oblige pas les non-signataires, et ici nous employons le mot signataires dans le sens d'adhérents, puisque nous avons démontré plus haut qu'il n'était pas nécessaire qu'elle fût faite par écrit.

Il va sans dire qu'ils sont toujours libres de provoquer le partage à l'époque qui leur convient, ils ne sont pas liés par l'avis de la majorité, et leurs cohéritiers n'auraient pas le droit de les assigner à l'effet de se voir dire qu'en l'espèce l'indivision étant la situation la plus favorable, ils doivent surseoir à leur demande en partage. Le tribunal ne fait que reconnaître les conventions des parties, il n'a pas qualité pour forcer à consentir ceux qui refusent leur consentement.

Il faudra donc distraire le lot de l'héritier qui n'a pas souscrit et maintenir les autres dans l'indivision. Ces derniers feront alors leur partage au terme fixé. Quant à l'objection que fait M. Chabot que cette décision nécessiterait un nouveau partage et qu'il ne serait pas juste que ceux qui voudraient profiter du premier fussent contraints de supporter les frais du second, il suffit de répondre que c'est une des conséquences de la situation que les cohéritiers signataires se sont faite et que par suite ils n'ont nullement à s'en plaindre.

Il est sans difficulté que le cohéritier qui a été alloti dans le premier partage n'a aucun droit de participer au second.

Nous devons maintenant étudier les effets de ce pacte à l'égard des tiers qui n'auraient pas été communistes à l'origine et qui le seraient devenus du chef de l'un des héritiers.

Ainsi un cohéritier après avoir consenti à rester dans l'indivision cède sa part dans la succession. Cette convention est-elle opposable au cessionnaire, et doit-il

pour poursuivre le partage attendre que le temps fixé soit écoulé ?

Écartons d'abord un point qui ne peut présenter de doutes. Il est évident que, si par son contrat de cession il est imposé au cessionnaire l'obligation de respecter l'indivision, il ne pourra former la demande en partage. Mais la difficulté commence à naître lorsque la cession est muette sur ce chef, et alors se pose la question que nous venons d'indiquer.

On est censé avoir stipulé pour soi et ses héritiers et ayants-cause, dit l'article 1122, à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention.

Le mot stipuler signifie contracter, par conséquent il embrasse les conséquences actives et passives du *vinculum juris* résultant de la convention, il s'applique aussi bien au créancier qu'au débiteur. Si donc l'on prenait notre article à la lettre, la question qui nous occupe ne se poserait pas ; il faudrait dire que tous les ayants-cause, soit à titre universel, soit à titre particulier, sont tenus des obligations de leur auteur, comme ils acquièrent le bénéfice des créances dont il peut être titulaire. Mais tout le monde reconnaît que cet article ne doit pas être appliqué sans des distinctions, qui limitent à sa juste mesure la formule générale qu'il semble donner.

Ces distinctions portent à la foi sur les ayants-cause et sur les deux termes de l'obligation compris dans le terme stipuler.

Quant aux héritiers, ils succèdent aux droits et obligations de leur auteur, sauf à ceux dont l'intransmis-

sibilité résulte soit d'une clause du contrat, soit de la nature de la convention, par exemple un usufruit, une rente viagère, une société, un mandat. Ils continuent la personne du défunt et sont considérés comme ayant stipulé eux-mêmes.

Les autres ayants-cause à titre universel, tels que les légataires universels ou à titre universel, les donataires de biens à venir, succédant au patrimoine entier ou à une fraction du patrimoine du défunt, doivent être traités comme les premiers, sauf, peut-être, une différence que nous n'avons pas à examiner ici. Nous voulons parler de la question de savoir s'il sont tenus des obligations de leur auteur *ultra* ou *intra vires*.

Restent les ayants-cause à titre particulier, et c'est ici qu'il faut distinguer entre les stipulations et les promesses.

Ces stipulations et ces promesses peuvent soit avoir créé sur la chose transmise un droit réel, soit avoir donné naissance à un droit purement personnel.

Au premier cas elles sont transmissibles à l'ayant-cause à titre particulier; il a le droit d'user de la servitude acquise par son auteur au profit du fonds qu'il lui a cédé, de même qu'il est tenu de souffrir l'exercice de la servitude par lui consentie sur ce même fonds. Et ce n'est pas parce qu'il succède aux stipulations et aux promesses de son auteur, mais bien parce que ces diverses opérations ont créé sur la chose des qualités actives ou passives, qui y sont inhérentes et par conséquent transmissibles avec elle. Ce n'est point à proprement parler un effet de la transmissibilité des stipulations et des promesses, mais

bien une application de l'article 544 et un effet de la transmissibilité des droits réels.

Au contraire, quand il s'agit de droits de créance, il faut distinguer entre les stipulations et les promesses. Celui qui a une créance peut la céder, cela ne peut faire aucun doute en présence de l'article 1690, et par cette cession, le cessionnaire acquiert non seulement cette créance, mais encore les droits accessoires qui peuvent la garantir. Le bénéfice de la stipulation peut donc être transmis à un ayant-cause à titre particulier.

Nous n'en dirons pas autant des promesses. Il est de principe que les ayants-cause à titre particulier ne succèdent pas aux obligations de leur auteur, pour la bonne raison qu'on ne cède pas ses dettes, qu'on ne se libère pas soi-même sans la participation du créancier. Le créancier en consentant à accepter l'engagement de son débiteur a eu confiance en lui ; il a contracté avec lui et pas avec un autre ; il est donc juste que ce débiteur ne puisse s'affranchir de son obligation sans le consentement de son créancier ; c'est une conséquence toute naturelle des principes contenus dans l'article 1134, que les conventions sont la loi des parties et qu'elles ne peuvent être rompues que de leur consentement mutuel. Et l'on ne peut pas dire que, les dettes d'une personne étant garanties aux termes de l'article 2092 par tout son patrimoine, ce débiteur, en aliénant un de ses biens, transmet en même temps à l'acquéreur la charge de payer une partie de ses dettes correspondante à la fraction de son patrimoine que représente ce bien ; car ce droit de gage de l'article 2092 n'est qu'un droit de gage imparfait, sans

affectation spéciale, qui porte seulement sur les biens composant le patrimoine au moment où la créance est exigée, et qui cesse dès qu'ils en sont sortis.

Ces distinctions étaient déjà faites par Pothier : « De même, dit-il (*Obligation*, n° 66), que nous sommes sensés stipuler pour nos héritiers tout ce que nous stipulons, de même nous sommes censés promettre pour nos héritiers et les engager à tout ce que nous promettons », et plus loin au n° 67 : « Ce que nous stipulons par rapport à une chose qui nous appartient, nous le pouvons valablement stipuler pour nous et pour nos héritiers, mais pour tous nos successeurs à titre particulier à cette chose, lesquels sont compris sous le terme d'ayant-cause usité dans les contrats. »

Mais pour être exact, nous devons ajouter que dans certains cas l'ayant-cause à titre particulier peut être soumis à la nécessité d'exécuter l'obligation de son auteur. Ce sera toutes les fois que la chose qui lui a été transmise garantit l'exécution de cette obligation. C'est ainsi que le sous-acquéreur d'un immeuble est indirectement tenu de l'obligation qui a été contractée par son auteur envers le vendeur originaire de payer le prix. Mais comme il n'est pas obligé personnellement, comme il n'est obligé que parce qu'il détient la chose, il peut s'affranchir de cette obligation par le délaissement, ce qu'il ne pourrait certainement pas faire si l'obligation de son auteur lui eût été transmise. D'où il résulte que le principe est encore entier.

Nous dirons donc pour résumer : L'ayant-cause à titre particulier acquiert la chose dans l'état où elle se trouve,

avec ses qualités actives ou passives provenant des conventions passées par son auteur ; mais il ne succède pas aux obligations personnelles de celui-ci.

Ayant ainsi déterminé quelles sont les promesses qui sont transmissibles à l'ayant-cause à titre particulier, il nous reste à rechercher dans quelle classe de ces promesses nous devons mettre la convention d'indivision. Quand nous aurons déterminé la nature du droit qui en découle, nous pourrons décider avec certitude si elle est ou non opposable au cessionnaire.

Le pacte d'indivision constitue-t-il un droit réel sur les immeubles de la succession, une espèce de servitude d'indivision dont chaque quote-part serait grevée au profit des autres, auquel cas la transmission de cette quote-part au cessionnaire avec toutes ses qualités actives et passives l'obligerait à subir toutes les charges dont elle pourrait être grevée, ou bien ne donne-t-il naissance qu'à une obligation personnelle à la charge du cédant, laquelle ne peut produire aucun effet contre le cessionnaire ? Tel est l'état de la question.

Dans notre ancien droit, étant données la conception que le droit féodal et le droit coutumier s'étaient faite de la terre et leur tendance à tout y rapporter, il eût été possible que le pacte d'indivision constituât un droit réel. Tout droit en effet qui s'appliquait à un héritage était un droit réel, du moment qu'il s'attachait principalement à ce fonds, et c'est en poursuivant cette idée qu'on était arrivé à transformer en droits réels fonciers des redevances, des corvées et autres charges se manifestant sous la forme

d'obligations personnelles, et même des attributs de la souveraineté tels que les droits de justice.

Le Code au contraire a limité les droits réels. Sans parler des anciens droits féodaux, services personnels et redevances foncières personnelles, abolis par la loi du 6 octobre 1791 et qu'on ne pourrait évidemment pas faire revivre par la convention, les particuliers n'ont pas la faculté d'établir sur les immeubles des droits réels tels et en si grand nombre qu'il leur plaît; cela leur est interdit par l'art. 6. C. c. N'est-il pas en effet de l'intérêt public que les biens soient soumis à une bonne exploitation et circulent librement? Et qui ne voit que des droits réels trop nombreux sur le même immeuble produiraient un effet tout contraire? La propriété deviendrait en fait inaliénable et ne produirait plus rien. En outre il serait impossible que l'exercice de ces différents droits fût assez bien réglé pour ne pas occasionner de conflits entre leurs titulaires, de là la source de nombreux procès. Enfin le droit réel est opposable à tout le monde, il fait naître pour chacun l'obligation de le respecter. Quoique cette obligation soit toute négative, qu'elle n'implique aucune action personnelle, les tiers sont intéressés à en connaître l'existence, cela n'est pas douteux. Mais qu'est-ce qui les en avertira, quelles formalités devront être employées pour leur en donner connaissance? La loi du 23 mars 1855 ne parlant que des droits réels susceptibles d'hypothèque, il y aura donc des charges de la propriété occultes! A quelles surprises ne seraient pas exposés les acquéreurs d'immeubles? Ils croiraient devenir propriétaires d'un bien libre, ils acquerraient une propriété grevée de

charges, et de charges d'autant plus fâcheuses que leur exercice n'aurait d'autres limites que la convention! Quant à l'objection que l'on pourrait nous faire que l'art. 544 consacre en faveur du propriétaire le droit de disposer de sa chose de la manière la plus absolue, nous y répondons que l'art. 544 lui-même appose cette restriction, que l'usage de ce droit ne doit pas être prohibé par la loi et les règlements. On annule les conventions contraires au droit public, et on entend par droit public celui qui intéresse plus directement la société que les particuliers. Nous en trouvons un exemple dans notre matière. La convention qui interdirait complètement le partage serait nulle aux termes de l'art. 815, parce que c'est dans l'intérêt public que le législateur a prohibé l'indivision forcée et perpétuelle.

Le Code a donc limité les droits réels. Il les a divisés en servitudes personnelles ou droits de jouissance et en servitudes ou services fonciers.

Or il est impossible de classer parmi les premiers ce droit réel, qu'on voudrait faire ressortir de la convention d'indivision; il n'a aucun rapport avec les trois servitudes personnelles citées par le Code, usufruit, usage, habitation; c'est évident.

S'il existait, il se rapprocherait bien plus des servitudes prédiales. C'est donc dans ces dernières qu'il nous faut prendre les caractères qui, le cas échéant, doivent nous faire décider si oui ou non le pacte d'indivision constitue un droit réel.

Mais de la définition de la servitude prédale il ressort que le pacte d'indivision n'en peut constituer une. Les

articles 637 et 667 exigent que la servitude existe sur un fonds pour l'usage et l'utilité d'un autre fonds. C'est une condition indispensable à l'existence de la servitude, que nous ne trouvons justement pas dans le pacte d'indivision. Il est fait pour l'avantage, pour la commodité des cohéritiers, mais pas du tout au profit du fonds. Ils pensent que maintenir l'indivision leur est profitable, soit parce qu'ils craignent que la dépréciation des biens causée par une crise quelconque leur soit funeste en cas de licitation, soit parce qu'ils veulent éviter les frais d'un partage judiciaire nécessité par la minorité ou l'interdiction de l'un d'eux, mais ils n'ont pas du tout songé, en faisant le pacte d'indivision, à faciliter l'accès ou l'exploitation des immeubles indivis, et pour généraliser, à créer à leur profit une utilité quelconque.

Donc pour nous le pacte d'indivision ne constitue qu'un simple droit personnel; les cohéritiers se sont réciproquement engagés les uns envers les autres à ne pas demander le partage; mais de ce que cet engagement n'est qu'une obligation, nous en tirons cette conséquence que, conformément à l'article 1122, elle n'est pas transmissible à l'ayant-cause à titre particulier.

Nous déciderons donc que le cessionnaire, à qui la propriété de sa quote-part lui a été transmise pleine et entière par le cédant, pourra demander le partage; car, en intentant cette action, ce n'est pas le droit de son cédant qu'il exerce en vertu de l'article 1166, et on ne peut pas objecter qu'il ne peut pas avoir de droits plus étendus que lui, puisque c'est de son droit propre qu'il use, de son droit tiré de ce qu'il est propriétaire et de ce que sa propriété

n'a été restreinte par aucune charge. Ayant-cause du cédant quant à la quote-part cédée, il ne l'est plus en ce qui concerne les droits et actions qui, bien que nés des conventions passées à son sujet, ne se sont pas identifiés avec elle et n'en sont pas devenus des accessoires. Il n'est à ce point de vue qu'un tiers, qui, conformément à l'article 1165, ne peut pas plus profiter de pareilles conventions que celles-ci lui être opposées.

Mais les cohéritiers du cédant auront toujours un moyen de se maintenir dans l'indivision. Ils n'auront qu'à user de la faculté que leur accorde l'article 841, toutes les fois, bien entendu, que le cessionnaire ne pourra son droit de provoquer et d'assister au partage que dans la cession, c'est-à-dire lorsqu'il ne sera pas successible du défunt et qu'il aura acquis à titre onéreux.

Nous ne donnerons pas la même décision dans l'hypothèse où le cohéritier, au lieu de céder sa part héréditaire, n'a fait que vendre un immeuble ou constituer un droit réel sur un des immeubles de la succession, par exemple une hypothèque pour la garantie d'une dette qu'il aurait contractée. L'acquéreur de l'immeuble ou le créancier hypothécaire sont obligés de respecter le pacte d'indivision conclu par leur auteur, parce que leur droit sur l'immeuble vendu ou hypothéqué est subordonné à l'effet du partage, et que jusqu'à ce moment-là ils ne sont que créanciers. Par conséquent en demandant le partage, ils usent non de leur droit propre, mais de celui de leur débiteur, ainsi que l'article 1166 le leur permet, et comme ce dernier a renoncé à l'exercer pendant une certaine période, il est inadmissible que ce droit soit plus énergi-

que quand il est exercé par eux que quand c'est le véritable titulaire qui en fait usage.

L'acquéreur de l'immeuble ou le créancier hypothécaire devront donc attendre l'arrivée du terme fixé par la convention. C'est alors seulement qu'ils pourront exiger que le partage soit fait, et leur droit de propriété ou d'hypothèque sera subordonné au résultat de ce partage. Si en effet l'immeuble vendu ou hypothéqué tombe au lot de l'héritier vendeur ou débiteur, par l'effet rétroactif que l'article 883 attache au partage, ce dernier sera censé avoir succédé seul au défunt par rapport à cet immeuble, et les aliénations et constitutions de droits réels par lui consenties seront valables comme faites par le véritable propriétaire. Si au contraire l'immeuble est attribué à un autre des copartageants, le cohéritier vendeur ou débiteur n'aura jamais eu de droits sur lui, et par conséquent les mêmes opérations, que nous venons de déclarer valables dans l'hypothèse précédente, tomberont comme faites *a non domino*.

Et c'est pour éviter ce dernier résultat, qui pourrait être amené par des collusions frauduleuses entre les héritiers, c'est pour être sûr que la loyauté et la bonne foi accompagneront les opérations du partage, que le législateur a accordé aux créanciers par l'article 882 le droit de faire opposition à ce que le partage soit fait hors de leur présence.

Il y a encore une autre classe de personnes à l'égard desquelles nous devons rechercher les effets du pacte d'indivision. Nous voulons parler des créanciers personnels des héritiers. La convention d'indivision leur est-elle op-

posable? La difficulté vient de l'art. 2205, qui décide que la part indivise d'un cohéritier dans les immeubles d'une succession ne peut être mise en vente par ses créanciers personnels avant le partage; aussi la loi leur donne-t-elle le droit de le provoquer, s'ils le jugent convenable. Ils sont donc intéressés à ce que la succession soit partagée; tant qu'elle ne l'est point, leur droit d'expropriation est suspendu, ce qui revient à dire qu'il ne pourront user du droit de gage à eux accordé par l'art. 2092 et que par suite il n'obtiendront point le paiement de leurs créances. En maintenant l'indivision, les héritiers peuvent-ils paralyser les droits de leurs créanciers?

Cette question a donné naissance à plusieurs opinions.

La première décide que cette convention n'est pas opposable aux créanciers, parce que l'article 2205 leur accorde un droit personnel, qui leur est propre et dont ils ne peuvent être privés par l'effet d'une convention qui leur est étrangère. « Les droits des créanciers, dit M. Poujol (II n. 5), « personnels de chaque héritier ne pouvant s'exercer que « sur les biens qui seront attribués à leur débiteur par « l'événement du partage, et la part indivise d'un cohé- « ritier dans les immeubles d'une succession ne pouvant « être mise en vente par ses créanciers personnels avant « le partage ou la licitation qu'ils peuvent provoquer, s'ils « le jugent convenable, il en résulte que la convention « d'indivision que leur débiteur a souscrite est contraire « à leurs droits, d'autant plus qu'en la renouvelant suc- « cessivement, leur recours deviendrait illusoire. Dès lors « ils peuvent nonobstant cette convention qui leur est « étrangère, et qui ne les lie pas, demander le partage

« de manière à faire déterminer la part qui doit advenir
« à leur débiteur, pour pouvoir ensuite exercer leurs
« recours sur les biens formant ce lot (1). »

M. Laurent (X n. 242) partage cette opinion. « Quand
« un contrat, dit-il n'engendre qu'un lien d'obligation, ce
« lien n'existe qu'entre les parties qui y figurent; les
« créanciers ne sont pas parties, donc le contrat ne peut
« leur être opposé. »

D'autres auteurs font une distinction entre les créanciers postérieurs à la convention d'indivision et les créanciers antérieurs. Ce n'est qu'aux premiers qu'elle serait opposable, les seconds ayant acquis le droit d'user de la faculté que leur accorde l'article 2205 et qui ne peut leur être enlevé par une convention postérieure à son acquisition et à laquelle ils n'ont pas participé.

Cette distinction est reproduite par M. Duranton. Voici en effet comment il s'exprime : (VII, n° 84) « Comme les
« créanciers ont seulement le droit de provoquer le partage ou d'y intervenir, pour agir ensuite sur la part
« d'immeubles échue au lot de leur débiteur (2205); et
« que d'un autre côté, tout débiteur répond de ses obligations sur tous ses biens présents et à venir (2092),
« l'on sent qu'un héritier ne doit point pouvoir, par une
« convention de suspension de partage, à laquelle de proches parents se prêteraient assez volontiers dans beaucoup de cas, paralyser l'exercice des droits légitimes de
« ses créanciers. Ceux-ci ne seraient donc point forcés

1. Chabot, II, art. 815, n. 9.

« d'attendre l'expiration du temps convenu, quand bien
« même les autres héritiers opposeraient qu'il est de leur
« intérêt que la convention soit exécutée. Il serait bien
« aussi de leur intérêt, si le cohéritier débiteur avait
« renoncé, que la renonciation eût tout son effet, et néan-
« moins elle pourrait être annulée malgré eux en faveur
« des créanciers qui auraient à s'en plaindre. Au surplus
« les créanciers postérieurs à la convention de suspension
« de partage seraient tenus de la respecter tant que le
« débiteur lui-même devrait le faire. »

M. Dutruc (*Partage*, n° X) pense également qu'il serait contradictoire que des créanciers, investis de pouvoirs aussi importants que de provoquer le partage d'une succession qui intéresse leur débiteur ou d'y intervenir pour faire déterminer la part de ce dernier, voire même d'accepter en son lieu et place une succession qu'il a déjà répudiée, fussent soumis à respecter une convention qui pourrait en détruire complètement l'effet.

Quant à nous, nous croyons devoir suivre l'opinion de MM. Aubry et Rau (VI, p. 533), qui décident que ce pacte d'indivision peut être opposé à tous les créanciers personnels des héritiers, qu'ils soient antérieurs ou postérieurs à la conclusion du traité, excepté à ceux « qui
« auraient à faire valoir des hypothèques antérieures à la
« convention, ou qui auraient avant sa conclusion intro-
« duit une action en partage. »

Les auteurs qui défendent les opinions précédentes tirent des articles 2092 et 2205 un argument qui nous paraît forcé. Tous leurs raisonnements reviennent à ceci : l'article 2092 accorde aux créanciers un droit de gage gé-

néral sur tous les biens présents et à venir de leur débiteur, et l'article 2205 leur donne le droit de faire déterminer les immeubles, faisant partie d'une succession échue à leur débiteur et non encore partagée, qui seront soumis à ce droit de gage. Ce droit, qui leur est accordé par la loi, ne peut leur être enlevé par suite d'une convention passée entre leur débiteur et ses cohéritiers.

En raisonnant ainsi ces auteurs sont partis d'un principe faux. Pour eux le créancier tire son droit de provoquer le partage dans l'article 2205. C'est inexact ; l'article 2205 n'a pas été du tout édicté dans ce but, puisqu'il existait déjà une disposition à ce sujet au Titre des Obligations.

Le but que s'est proposé le législateur est parfaitement indiqué par M. Colmet de Santerre : (IX, n° 200 « bis I) « La règle de l'article 2205, dit l'éminent « Doyen de la Faculté de Paris, protège le propriétaire par « indivis, dont le créancier voudrait vendre et saisir sa « part. La vente lui serait nécessairement désavantageuse « par une raison de fait et une raison de droit : en fait « les enchérisseurs ne se présenteraient pas nombreux « pour acquérir un droit indivis, c'est-à-dire pour acquérir une chose dont ils n'auraient pas la jouissance, « l'administration, la disposition exclusive. En droit la « propriété ainsi acquise n'aurait rien de stable, parce « que l'adjudicataire devenu copropriétaire par indivis « serait exposé aux conséquences de l'article 815, « toujours sous le coup d'un partage ou d'une licitation « qui le dépouillerait de la chose acquise. Les enchères « seraient refroidies pour cette double raison. »

Ce n'est donc pas de l'article 2205 que les créanciers

tirent le droit de provoquer le partage, puisqu'il a été fait non dans leur intérêt, mais dans celui de leur débiteur ; c'est dans l'article 1166 qu'ils le puisent, c'est dans la disposition qui permet aux créanciers d'exercer tous les droits de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne, Et ce droit, ils l'exercent, non parce qu'ils en sont titulaires, mais comme les ayants-cause de leur débiteur. Ils l'exercent de son chef et par conséquent ils ne peuvent l'exercer que comme il le pourrait lui-même, ils ne peuvent l'avoir plus complet, plus énergique que le véritable titulaire. Ce qui nous conduit à décider que, étant donné que le cohéritier débiteur a renoncé à sortir de l'indivision pendant un certain temps, ses créanciers ne pourront demander le partage avant l'arrivée du terme convenu, puisqu'ils ne font qu'user du droit de leur débiteur et que ce dernier, lié par la convention, n'aurait pas pu le faire (1).

Nous pourrions encore appuyer la décision que nous venons de donner sur une autre raison.

Ces créanciers personnels sont des créanciers chirographaires, c'est-à-dire qu'ils ont un droit de gage général sur le patrimoine de leur débiteur, à eux accordé par l'article 2092. Mais ce droit de gage est sans affectation spéciale, il frappe sur le patrimoine et non sur un objet déterminé, sur le patrimoine tel qu'il se comporte au moment où le créancier vient demander le paiement de sa créance. Le patrimoine, cet être de raison, reste toujours susceptible de s'augmenter ou de se diminuer

1. D. 1866. I. 497. — *Contra*, Orléans D. 1861. II. 209.

par suite des opérations du débiteur, qui en contractant une dette n'a pas abdiqué pour cela de le gouverner. Le débiteur reste donc libre d'aliéner ses différents biens, même à titre gratuit, pourvu que ce soit sans fraude, et par là il peut détruire les sûretés sur lesquelles ses créanciers comptaient pour le recouvrement de leurs créances, puisqu'ils n'ont qu'un droit de gage imparfait, qui ne porte sur les différents objets composant le patrimoine que tant qu'ils en font partie et qui disparaît par suite de leur aliénation. Il semble donc bien que, si les créanciers doivent respecter les aliénations qui annihilent leur gage, ils sont tenus à plus forte raison de respecter les conventions par lesquelles leur débiteur n'a fait que retarder la mise en œuvre de leur droit.

Mais il est bien entendu que la décision que nous venons de donner ne s'appliquera qu'au cas où la convention de suspendre le partage aura été faite sans aucune intention de fraude envers les créanciers (1).

L'application de ces principes a été faite par un arrêt de la Cour de Rouen qui décide que la clause d'indivision, stipulée entre cohéritiers, ne peut être attaquée par les créanciers de l'un deux même antérieurs, si elle a une cause légitime (S. 1843. II. 490).

Dans les cas contraires les créanciers pourront user de la faculté que leur donne l'article 1167 de faire tomber les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits. Et la preuve de la complicité de la fraude, qui est une

1. Demolombe, XV, n° 509. Garsonnet, Procédure, III, p. 584, n. 7.

des conditions exigées pour l'admission de l'action Paulienne contre les actes à titre onéreux, sera suffisamment administrée en démontrant que les cohéritiers du débiteur connaissaient son insolvabilité au moment de la convention.

C'est également la nature du droit de gage accordé aux créanciers par l'article 2093, qui nous fait rejeter la distinction admise par M. Duranton entre les créanciers antérieurs et les créanciers postérieurs à la convention d'indivision. « Le droit de gage dont parle l'article 2093, dit « M. Colmet de Santerre (V. n° 81 *bis*, II), étant un droit « de gage imparfait et collectif, qui n'établit aucune pré- « férence entre les divers créanciers d'un même débiteur « et qui frappe tous les biens présents et à venir, l'exer- « cice d'un droit appartiendra aussi bien aux créanciers « antérieurs à l'acquisition du droit par le débiteur qu'aux « créanciers postérieurs à cette acquisition. En vain ceux-ci « diront-ils que seuls ils ont pu compter sur l'existence de ce « bien dans le patrimoine du débiteur, les premiers ré- « pondront victorieusement que leur droit de gage avait « pour objet non pas telles ou telles choses déterminées, « mais tous les biens qui pourraient advenir au débiteur « et qu'il doit s'exercer sur les biens acquis de même « qu'il cesserait de s'exercer sur les biens aliénés. »

Il n'y a pas de raisons en effet de mieux traiter les créanciers antérieurs à propos du retard à apporter à la réalisation du gage qu'à propos de cette réalisation même. Les créanciers antérieurs et les créanciers postérieurs sont créanciers chirographaires et partant sont sur le même pied.

Quant aux créanciers qui auraient dès avant la convention introduit une demande en partage, cette convention d'indivision ne leur serait pas opposable, parce que ils ont un droit acquis à ce que l'indivision cesse et que ce droit ne peut pas leur être enlevé par une convention à laquelle ils n'ont pas participé (1165).

Ce pacte ne serait pas non plus opposable aux créanciers qui auraient reçu avant sa signature une hypothèque sur un des immeubles héréditaires, car ils ont un droit réel, droit qui, il est vrai, est susceptible d'être réputé n'avoir jamais existé d'après le résultat du partage, et c'est de ce droit qu'ils tirent la faculté de demander le partage, les conventions passées postérieurement à son acquisition ne pouvant, conformément à l'article 1165, ni leur nuire ni leur profiter. Ils sont des tiers. Et qu'on ne dise pas que ce droit ne peut produire d'effets, son existence étant douteuse. Il en produit si bien que, dès son acquisition, l'hypothèque peut être inscrite et que, si l'immeuble hypothéqué se trouve placé dans le lot de l'héritier débiteur, cette hypothèque vaudra non pas du jour où il sera constant que l'héritier a eu le droit d'en grever l'immeuble, c'est-à-dire du jour du partage, mais bien du jour de sa constitution.

Il est sans difficulté du reste que cet article 2205 ne s'applique pas aux créanciers héréditaires, pas plus qu'aux créanciers envers qui tous les héritiers se seraient engagés relativement aux choses de la succession, par exemple si l'un des cohéritiers, ayant mandat des autres à cet effet, avait commandé à un entrepreneur des réparations sur les immeubles indivis. Ils peuvent faire procéder à la

saisie et à la vente de ces immeubles directement tant que dure l'indivision.

Disons pour terminer que le législateur a sagement agi en prohibant une indivision forcée et en ne permettant de la maintenir que pour un délai peu étendu et seulement du consentement de tous les intéressés. Sa prévoyance a ainsi tari la source de nombreux procès, d'autant plus regrettables qu'ils se seraient produits le plus souvent entre membres de la même famille.

POSITIONS

POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE.

DROIT ROMAIN

- I. — La loi *Junia* est antérieure à la loi *Ælia Sentia*.
- II. — L'esclave mineur de trente ans affranchi par testament devient Latin Junien.
- III. — L'*Iteratio* n'est pas un droit personnel au *manumissor*.

DROIT FRANÇAIS

- I. — Le partage peut être prouvé autrement que par écrit.
- II. — Un testateur ne peut pas imposer l'indivision, même pour une durée qui n'excède pas cinq ans.
- III. — L'héritier, à qui une créance est attribuée par partage, n'est pas obligé de remplir les formalités exigées par l'article 1690. C. c.

POSITIONS PRISES EN DEHORS DE LA THÈSE

DROIT ROMAIN

- I. — Dans le très ancien droit il n'y avait pas de justes noces sans *manus*.
- II. — Dans la *successio in locum* le créancier n'obtient que le rang de préférence attaché à l'hypothèque de celui qu'il a payé.
- III. — Il faut avoir la *factio testamenti* pour faire une donation à cause de mort.
- IV. — La compensation n'a pas cessé d'être judiciaire à toutes les époques du droit romain.

DROIT FRANÇAIS

- I. — Le droit de retour successoral de l'ascendant donateur ne peut pas s'exercer sur les biens acquis en échange, emploi ou remploi des biens donnés.
- II. — Le cessionnaire de créance, qui a fait signifier ou accepter le transport après une saisie antérieure et avant une saisie postérieure, doit être considéré comme saisissant à l'égard du saisissant antérieur et comme ayant un droit opposable au créancier saisissant postérieur.
- III. — Le droit de bail ne confère au preneur qu'un droit personnel.

- IV. — Le jugement d'adjudication prononcé sur surenchère en cas de purge ne doit pas être considéré comme entraînant résolution de la première vente.

DROIT CONSTITUTIONNEL.

- I. — Les traités d'alliance offensive et défensive sont permis au Gouvernement, sans qu'il lui soit nécessaire d'obtenir l'approbation des Chambres.

DROIT ADMINISTRATIF.

- I. — Le Conseil d'État est le juge de droit commun en matière administrative.

DROIT PÉNAL.

- I. — L'action civile, même portée devant un tribunal civil, s'éteint comme l'action publique par dix ans, par trois, par un an.

DROIT INTERNATIONAL.

- I. — Le tribunal français appelé à rendre exécutoire un jugement étranger n'a pas le droit de le réviser quant au fonds.
-

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

CHAPITRE I. — De l'esclavage et de l'affranchissement....	5
CHAPITRE II. — De l'acquisition de la liberté Junienne..	17
CHAPITRE III. — Date de la loi Junia.....	37
CHAPITRE IV. — Condition juridique des Latins Juniens pendant leur vie.....	51
CHAPITRE V. — De la dévolution des biens laissés par les Latins Juniens.....	73
CHAPITRE VI. — Des moyens pour le Latin Junien d'acqué- rir la cité romaine.....	84
CHAPITRE VII. — Modifications apportées à la condition des Latins Juniens.....	123

DROIT FRANÇAIS

INTRODUCTION.....	133
CHAPITRE I. — De l'Indivision.....	136
§ I. — De la nature de l'Indivision.....	136
§ II. — Ses différences avec la Société.....	139

CHAPITRE II. — Droits et Obligations des copropriétaires d'une chose individuellement déterminée entre eux.	143
CHAPITRE III. — Droits et Obligations des cohéritiers en- tre eux.....	157
CHAPITRE IV. — Du Pacte d'Indivision.....	220

Vu par le Président de la thèse,
MICHEL (HENRY)

Vu par le Doyen,
COLMET DE SANTERRE

Vu et permis d'imprimer,
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD

Imp. des Ecoles, HENRI JOUVE, 23, rue Racine, Paris.
